

POR ANDRES DEL CASTILLO Y LEON,

ESCRIVANO PVBLICO, Y DEL NVMERO DE LA CIV-DAD DE CORDOVA.

(⁂) *EN EL PLEYTO.* (⁂)

CON EL CONVENTO, PRIOR, y Religiosos de San Pablo de la dicha ciudad.

En Granada, en la Imprenta Real de Francisco Sanchez, en frente del Hospital de Corpus. Año de 1663.

N.1.



ESEANDO la parte del dicho Andres del Caſtillo dar entera ſatisfacion, y hazer manifieſta ſu juſticia, ofreciendo ſu informe en derecho, eſcrito por ſus Abogados para la Sala de los ſeñores Oydores, donde ſe vido eſte pleyto, pidiò ſe le entregaſſe la eſcrita por parte del Convento, y a dos peticiones que en eſta razon ha preſentado ſe ha mandado, que lo acuerde a ſu tiempo. De que inferimos, que el Convento no ha entregado a los ſeñores la alegacion que tiene hecha; y aunque no ſabemos a que fin ſe encamina lo miſterioſo deſta accion, ſi es querer huyr de la contienda, y que la verdad no ſe apure, ô otro deſignio, que no comprehendemos, nos es preciſo preſuponer tres medios antes de entrar a diſcurrir en la juſticia.

2 ¶ El primero, ſuplicar a V.S. que ſiempre que el papel del Convento llegue a ſus manos, ſea ſervido de no trasladarlo a los ojos ſin mandar, que ſe nos entregue, pues de eſtilo, y practica inconcuſa de la Chancilleria, ſiempre q̃ vna de las partes ofrece ſu informacion en derecho, ſe le obliga a la otra a que entregue la ſuya, ſin que haſta oy aya auido medio, ni repugnancia de eſcuſarle.

3 ¶ El ſegundo, que quando huuiera duda en lo antecedente, no parece que la ay en que no ſe puede, ni deue hazer caſo de la informacion que diere el Convento, ni verla, pues es eſta la pena a que ſe ſujeta por ſu renitencia, y porfia de no quererla entregar, para que ſe ſatisfaga, y reſponda a ella, ex ratione text. *in cap.1.* & ibidem *gloſ. de mutuis petit.* *Mandamus* (ait Alexander Pontifex) *quatenus actione Plebani, & Clericorum propoſita, & reſponſione facta monitione præmiſſa compellatis eoſdem, memoratis Abbatis, & fratribus incontinenti coram vobis ſuper ſuis quæſtionibus reſpondere, & viciſim poſt modum rationes partium audientes concordia, vel iudicio vtriuſque negotium terminetis, Auth. & conſequenter, C. de ſent. & interlocut. omn. iudic.*

4 ¶ El tercero, que quando toda via ſe aya de paſſar a ver la dicha alegacion, V.S. ſe ſirva (aunque parezca ſuperflua, yocioſa eſta advertencia) de hazer particular cuydado en las concluſiones de hecho, y de derecho que ſe aſſentaren, conſiderando lo irregular deſta cautela, pues perſuade a que no ſe camina con buena fee, ni con certeza en el hecho, ni en el derecho, ocultando eſte papel, para que en vno, y otro podamos convencerlo.

5 ¶ En nueſtro primero papel ſacamos de la numeroſa turba de ſoſpechas imaginarias que ſe amontonan contra el inſtrumento que ſe trata de debilitar, dandoles a vnas nombres de vicios, y ſoſpechas de falſedad, intrinſecos, y latentes, y a otras de viſibles, las que parecia que podian diſcurrirſe, creyendo, que dexauamos la materia ſin diſputa.

6 ¶ Auiendoſe remitido eſte pleyto de la Sala de lo Ciuil a eſta, aunque entramos con mas ventajoſos fundamentos de derecho, como no nos hallamos a ſu viſta, dudamos, que circunſtancia fue mas reparable a los ſeñores, y aſsi auremos de diſcurrir en todas con la mas ligera pluma que nos ſea poſsible, remitiendonos al memorial ajuſtado, que ſuplicamos a V. S. ſe ſirva de

ver,

ver, por hallarse con muchas, y muy importantes circunstancias, que no pudieron comprehenderse en la relacion verbal que el Relator hizo.

7 ¶ Y por escusar el embaraço de auer de entregar dos informaciones en derecho, compondremos esta de lo que discurriamos en la primera, y lo que mediante la diferencia del Tribunal ocurre.

DISCVRRESE EN LA FORMALIDAD DE el juyzio.

8 ¶ Y antes de entrar a discurrir en los fundamẽtos juridicos, advertimos, que este pleyto tuuo principio por la querella que la parte del Convento diò de el dicho Andres del Castillo, cuya conclusion es: *Que se prenda, y condene al dicho Andres del Castillo en las mayores, y mas graues penas en que de derecho ha incurrido, &c.* Y siguiendose el pleyto en esta conformidad, y con este presupuesto, por la sentencia difinitiua en el pronunciada, *el juez inferior absolviò, y diò por libre al dicho Andres del Castillo de la querella, y acusacion contra el puesta, y intentada por parte del Convento, y lo mandò soltar de la prision, declarando no auer cometido el delito de falsedad que se le imputa, reservando a la parte del Convento su derecho a salvo, para que pida, y siga su justicia como viere que le convenga.*

9 ¶ Desta sentencia se apelò, y en esta misma conformidad se ha seguido este pleyto, sin que se sufra sobre otra cosa, y assi justamente los señores de la Sala de lo Ciuil lo remitieron a esta, hallando, que la sentencia solo auia mirado a absolver, en conformidad de los libelos, al dicho Andres del Castillo. Con que parece, que la determinacion de la instancia de vista que oy se espera, solo aurâ de tener atencion a confirmar, ô reuocar aquella, sin passar a nueua declaracion, ex regula text. *in l. de qua re, ff. de iudic.*

10 ¶ Y no serà de consideracion el dezir, que en algunos libelos dados por el Convento se aya hecho mencion de que el instrumento, de cuya validacion se trata, es nulo, porque esto no se ha intentado en forma juridica, concluyendo, que se declare por tal, por incidencia, ò por otro medio regular, como era preciso, ni aun esto se podia, ex infra dicendis, alias enim non potest super illo pronuntiare, *l. vt fundus, ff. commun. diuid.* Pinel. *in l. 2. C. de rescind. vendit. 3. part. cap. 3. num. 28.* Azeued. *in l. 10. tit. 17. lib. 4. Recopilat. num. 115.* Mastrill. *decis. 303. num. 29. part. 4.* Noguer. *allegat. 10. num. 160.* Dom. Valençuel. *cons. 169. à num. 35. cum seqq.*

11 ¶ Ni menos el dezir, que nos hallamos en Tribunal superior, dõde se deue juzgar atenta la verdad, porque no auiendose deduzido, ni pronunciado, no ay medio juridico, y quantas doctrinas, y autoridades se pueden ponderar en razon de si el inferior no determinò, y si podrà el superior determinar, precisamente requieren, que el juyzio estê deduzido, y contestado, y en esta conformidad se deuen entender, Bald. *cons. 153. libr. 1.* Grat. *cons. 16. num. 18.* Grasis *decis. 9. num. 3. & 4. de caus. posses.* Franch. *decis. 199. num. 8.*

12 ¶ La razon juridica es, quia iudex appellationis iurisdictionem non habet, nisi deuolutam, *cap. 1. de offic. iudic. delegat. glos. in cap. Pastoralis,*

de

de offic.ordinar. Bald.*in l.per hanc, C.de appellat.* Afflict. *decis.155.nu.3.* Surd. *cons.57.à num.18.* Giurb.*observat.108.num.8.*

13 ¶ Aliàs enim, quedaran ineficazes, y destruydos principios llanos de derecho, y se diera sentencia sin libelo, sin contestacion de juyzio, y cayera sobre lo no deduzido, ò juzgado, *dict.l.vt fundus 18 ff comm.diuid.* his verbis: *Quia vltra id, quod in iudicium deductum est, excedere potestas iudicis non potest, l.si ex testamento 20.ff.de except.rei iudicatæ,* ibi: *Nec obstatur amei exceptionem, quod non sit petitum, quod nec actor petere putasset, nec iudex in iudicio sensisse,* Dom.Larrea *decis.42.num.38.per totum.*

14 ¶ Y en los terminos deste pleyto con mayor razon, porque el Convento pudo intentar vna de las dos acciones, ò bien la criminal, de que Andres del Castillo fuesse condenado en las penas en que huuiesse incurrido, por auer fabricado este instrumento falso, ò bien continuar la ciuil, de que por tal se declarasse por nulo, y eligiò el intentar aquella. Con que, *donec tractatur de criminali, & quousque finiatur, non potest de altera cognosci*, ita probat apertè text.*in l.quoniam ciuili vltima, C.de ordin.iudicior.* ibi: *Quoniam ciuili disceptatione intermissa sæpè fit, vt prius de crimine iudicetur, quod (vtpotè maius) meritò minori præfertur, ex quo criminalis quæstio, quocumque modo cessauerit oportet ciuilem causam, velut ex integro in iudicium deductum distingui, vt finis criminalis negotij, ex eo die, quo fuerit lata sententia initium ciuili quæstioni tribuat,* & ibi glos. verbo, *sæpè fit*, & pręter ordinarios Cino, Bald. Alber. Bart. & Angel. Capic.*decis.25.num.1.* Grammat.*decis 60.num.23.& 24.* Mastrill. *decis.220.num.1.* optimè Faber *diffinit.1.tit.18.lib.9.in suo Codice*, & ex alijs Carleu.*disput.6.tit.2.à num.4.*

15 ¶ Esta regla indisputable de derecho comprehende el caso de nuestro pleyto, porque auiendo acusado el Convento a Andres del Castillo, como perpetrador desta falsedad, es preciso que se aya de determinar sobre esto, antes que se passe a hazer juyzio de lo que mira a causa ciuil; y mientras no estuuiere fenecida aquella, no se puede dar principio a esta, ita in terminis docuerunt Paul.Castrens.*in l.vltim.num.2.C.de ordin.iudic.* Salicet. *in l.si docuerit 9.num.2.C.ad leg.Cornel. de falsis,* & ex Afflict. Marant. Barbat. Trentacinq. Mastrill. Farinac. & alijs tenet Carleu.*dict.disput.6.tit.2.num.3.*

16 ¶ Et est optimus text.*in l.fin.C.si ex falsis instrument.* cuius hæc sunt verba: *Iudicati executio solet suspendi, & soluti dati repetitio, si falsis instrumentis circunventam esse Religionem iudicantis crimine postea falsi lato, manifestis probationibus, fuerit ostensum.*

17 ¶ Por estos principios indefectibles, considerando la naturaleza deste pleyto, y que no auia medio para que los señores de la Sala de lo Ciuil pudiessen tener conocimiento del, teniendo, præ oculis, la *l.20.tit.5.lib.2.Recop.* se remitiò a esta, dandole a cada parte del Tribunal superior lo que le toca, pues ni la Sala de lo Ciuil puede conocer de las materias criminales, ni esta de las ciuiles; todo ello en comprouacion de lo que hasta aqui auemos discurrido, hęc sunt verba legis.

18 ¶ Porque a los nuestros Alcaldes del Crimen pertenece el conocimiento de las causas criminales, no es cosa conveniente que Presidente, y Oydores

Oydores se entremetan en ellas, no teniendo conocimiento mas de en las causas ciuiles, y si en esto se impidiessen cessaria el buen despacho de los pleytos, por ende mandamos a los nuestro Presidente, y Oydores de las nuestras Audiencias, que de aqui adelante no se entremetan a conocer, ni conozcan de pleytos algunos criminales que a las Audiencias vinieren,

19 ¶ Prosigue la ley imponiendo penas a los escriuanos de Camara, Abogados, Procuradores, y solicitadores, que recibieren, ô presentaren pleyto, ô peticion de pleyto criminal en la Sala de lo ciuil. Y luego prosigue.

20 ¶ Y mandamos a los Presidente, y Oydores, que luego que supiessen lo contrario remitan los tales processos, y causas a los dichos Alcaldes, los quales mandamos ayan por buenos los autos que se huuieren hecho ante los dichos Presidente, y Oydores, &c.

21 ¶ Lo mismo prueua, êconversò la *l. 4. tit. 7. lib. 2.* ibi: *Otro si, mandamos, que los dichos nuestros Alcaldes no puedan conocer, ni conozcan en grado de apelacion de pleytos ciuiles algunos que vengan de fuera de las cinco leguas del lugar donde estuuieren las dichas nuestras Audiencias, ni libren, ni determinen en ellos, ni se fagan presentaciones ante ellos, ni sean recebidos los processos de los tales pleytos, ni puedan los dichos Alcaldes embiar pesquisidores fuera de las cinco leguas, como antes se solia hazer.*

22 ¶ De estas dos disposiciones legales, absque vlla dubitatione, resulta indubitable comprouacion del discurso que vamos fundando, porque si la Sala de lo ciuil reconociera que en el pleyto auia deduzida, ò intentada alguna accion perteneciente a la nulidad del instrumento de que pudiera conocer, no es dudable que huuiera determinado sobre ella sin remission, y solo con el hecho de auer remitido manifestò que no auia sobre que se sufriesse el pleyto, si no es sobre la criminalidad, quod aparte comprobatur por la misma querella del Convento, porque esta entra diziendo.

23 ¶ Que se querella de Andres del Castillo, y de los demas que resultassen culpados, y contando el caso, dize: *Que doña Ana del Castillo, viuda, muger que fue de Geronimo Gutierrez Valderrama, en el testamento debaxo de cuya disposicion murio, otorgado en veynte y siete de Agosto de 1653. fundò vna memoria de dozientas Missas que se dixessen en el dicho Convento en cada vn año, con vna cantada, perpetuamente, y señalò por bienes de dicha dotacion el oficio de escriuano publico, que por nombramiento suyo vsaua Iuan Gonçalez Romero, que fue el mismo que vsò el dicho su marido, de cuyo oficio dexò el vsufructo con cargo de dichas Missas al Licenciado Acisclos de Cota su sobrino, y que despues de sus dias viniesse al Convento, como constaua de la clausula.*

24 ¶ *Y auiendo entrado el susodicho a gozar el dicho vsufructo, y estãdo posseyendo el oficio, y cumpliendo la carga de Missas, y el Convento en la propiedadl; el dicho Andres del Castillo, con poco temor de Dios, y de su conciencia, siendo assi, que actualmente era escriuano publico de la dicha ciudad, para mas bien cometer el delito comprò el oficio de escriuano publico que auia posseydo Roque Ramirez de Leon, escriuano publico que fue de aquella ciudad, y teniendo en su poder, como dueño del las notas, y registros del dicho oficio, quitò de vn quaderno algunas escrituras, y en lugar dellas supuso vna escritura falsa, poniẽdola por*

fecha

fecha en treze de Abril del año passado de 649. suponiendo ser otorgada por el dicho Geronimo de Valderrama, y la dicha doña Ana del Castillo su muger, y que en ella se hazia donacion el vno al otro, y el otro al otro del dicho oficio de escriuano publico, irreuocable entre viuos, para que lo posseyesse mientras viuiesse, y despues viniesse al vinculo que posseia el dicho Andres del Castillo, y con otras clausulas, y condiciones.

25 ¶ *Y auiendo fabricado la dicha escritura falsa, para mas bien disimular su delito, y que no pareciesse en su poder el protocolo, por escritura otorgada por el dicho Andres del Castillo, ante Alonso Perez de Baena, escriuano publico de dicha ciudad, a los quatro de Diziembre del dicho año, renunciò el dicho oficio en don Francisco de Olegui, y le entregò todos los papeles, notas, y registros del, y para mas bien paliar su fraude dexò olvidar esto, y que el dicho AciscIos de Cota vendiesse el oficio al dicho Iuan Gonçalez, y que lo estuuiesse posseyendo, y gozando el dicho vsufructo, y mi parte la propiedad, hasta que a los treynta dias del mes de Enero del dicho año de 658. pareciò ante Alonso de Flores Madueño, Alcalde mayor de dicha ciudad, y Rodrigo de Acosta, escriuano publico della, y presentando la dicha supuesta escritura pidiò la possession del dicho oficio, procurãdo por medio tan injusto, y delito tan atroz vsurpar al dicho Conuento su haziẽda, y que tanto ha de redundar en seruicio de Dios Nuestro Señor, y sufragio de las Animas de Purgatorio, siendo ATROCISSIMO, por la calidad; y no menos sobre ATROCISSIMO, y graue por las circunstancias de la persona a quien vsurpaua la hazienda, y de que siendo el susodicho escriuano publico, que para ello tenia mayores obligaciones a la legalidad huuiesse faltado a ella.*

26 ¶ *Ponderòse en esta querella, que la pretensa falsedad se comprouaua por varios medios, sospechas, y conjecturas, vicios visibles, y latentes, y otras razones con vna relacion dilatadissima.* Y vltimamente la conclusion se reduze a estas formales palabras.

27 ¶ *A V. m. pido, y suplico, que recebida informacion que de lo susodicho ofrezco al tenor de esta querella, mande prender al dicho Andres del Castillo, y a los demas que por el processo de esta causa resultaren culpados, y presos, condenarlos en las mayores, y mas graues penas en que de derecho hã incurrido, como no sea en las contenidas en las protestas de mi parte, mandãdolas executar en sus personas, y bienes, para que siruiendoles de castigo, a los demas sea de exemplo, que presos protesto ponerles acusacion mas en forma, pues es justicia que pido, costas, &c. Y juro a Dios, y vna Cruz en anima de mi parte que esta querella no es de malicia.*

28 ¶ En la acusacion variò algo la relacion de esta querella en su conclusion, cumulando indistintamente castigo del Reo, y nulidad del instrumento sin prescision, ni formalidad juridica; todo ello fue obrado, y dirigido por don Iuan Adan Malo de Molina, enemigo capital del Andres del Castillo, como està comprouado por el pleyto, y consta del memorial á fol: 38. Lo sangriento de su odio formò los libelos, y haziendo que los firmasse otro, quiso habilitarse por testigo, deponiendo con tanta ferozidad, que solo con leer su dicho se manifiesta su passion: *Sanguine causidici, maduerunt rostra pusilli*, dezia Iubenal.

Omisse-

O misseras hominum mentes. O pectora cæca,
Qualibus in tenebris vitæ, quantisque periclis degitur.
Hoc æui quodcumque est.

Exclamaua Lucrecio *lib. 2. de nat. rer.*

Proh superi quantum mortalia pectora,
Cæca noctis habent.

Prorrumpe Obidio.

29 ¶ No se mirò en toda la introducion de este pleyto a vtilidad, ni conveniencia del Convento, aunque se tomò el Convento por pretexto. No se tirò a nulidad de instrumento, aunque se gastò tal, ò qual vez esta palabra a restauracion de oficio, a defectos de escritura, ni a otras formalidades, solo se pensò, y se estudiò el medio de desacreditar, y destruyr a Andres del Castillo.

30 ¶ Esto se manifiesta, atendiendo, a que auiendo Andres del Castillo antes del pleyto criminal intentado juyzio ciuil, en virtud de su escritura, no dudandolo el Convento, y auiendo salido a aquel pleyto, siendole facil, y mas seguro proseguir en el, redarguyendo el instrumento de falso ciuilmente, no lo hizo, antes despues en el pleyto criminal afectò pedir testimonios, y prosiguiò sustanciandolo con la formalidad referida, obrando (como vulgarmente se dize) a fuego, y a sangre.

31 ¶ Luego que Andres del Castillo tuuo noticia desta querella, y que el dicho don Iuan Adan la auia hecho, y jurado como testigo, presentò peticion ante el juez, en que hizo relacion: *Que el tenia presentada la escritura del vinculo, y en su virtud se le auia dado la possession del oficio de escriuano, y que en aquel mismo Tribunal auia parecido el Convento, y començado a litigar, y despues desamparando aquel juyzio auia intentado este, en el qual no se deuia proseguir, ni en la causa criminal, y que caso q̃ no huuiesse lugar, el juez examinasse los testigos por su persona, haziendoles las preguntas, y repreguntas necessarias, teniẽdo atencion a la implicacion, y inconvenientes del juyzio, y a que el dicho D. Iuan Adan, que auia formado la querella, era el primero testigo, y otras razones.*

32 ¶ De esta peticion dada por el Andres del Castillo no se haze mencion en el memorial del Relator, si no solo se dize, que presentò peticion el susodicho, sin dezir lo que contiene, vt videre est, fol. 4. del memorial, y de este silencio resulta mayor comprouacion del animo a que induxo a el Convento el dicho don Iuan Adan, que solo mirò a la criminalidad, y castigo del dicho Andres del Castillo.

33 ¶ Ex quo infertur (vt ad institutum reddeamus, de que nos apartò la relacion de la querella) que en el estado presente, auiendose eligido este camino por el Convento, sustentadose el pleyto en esta conformidad, y caydo la sentencia del inferior sobre el absolver, ò condenar al Reo, y teniendo atencion la Sala de lo ciuil a esta formalidad, y contexto, remitido el pleyto a esta, no parece que ay medio juridico para que se pueda variar el conocimiento, ni determinacion en la instancia de vista que se espera, porque solo aurà de cõfirmar, ò reuocar la sentencia referida, porque como dixo Iuan Bautista Toro *in compend. decis. part. 2.* verbo, *nullitas an ex eo resultare videatur*, es implicable, hæc sunt eiusdem Authoris verba: *Etenim iudices causarum, criminalium, &*

ciuilium

ciuilium sunt distincti, & in diuersis aulis segregati, memor est Præses de Franquis decis. 712. num. 28. & num 20. rationem de hoc posuit, quo circa si contingerit, iudicem criminalem non tantum de causa criminali agnoscere, sed pariter de ciuili principaliter nullitatis vitium facillimè incurreret, pro vt in notabili casu satis ad rem faciente decisum testatur Crescente decis. 167. aliàs 5. in tit. de iudicijs, & hoc parimodo confirmat Cornazan. decis. 98. num. 4. Dicens, quod iudex deputatus ad quoddam genus causarum non potest de causis ad alium iudicem expectantibus cognoscere, aliter nulliter iudicat, & lato calamo prosequitur idem Iuan Bautista Toro.

34 ¶ Ratio est, porque el Conuento pudo, y estuuo en su eleccion, el proseguir la nulidad del instrumento en el juyzio ciuil, quando Andres del Castillo pidiò la possession, y no lo quiso hazer, si no que dexando aquel juyzio intentò el criminal que se ha referido, con que precisamente se ha de acabar este primero, que se pueda dar regresso a aquel, vt sunt vulgaria, & expressa iura *in l. damus licentiam 23. in princip. C. ad l. Cornel. de fals. & in l. 1. C. ad l. flau. de plag & in lege quoniam ciuili 4. C. de ordin. cognit.* ex quibus iuribus, & alijs authoritatibus firmat Catleual *de iudicijs, lib. 1. tit. 2. disput. 6. nu. 3.* ibi: *Dixi durante primo iudicio, & non finito, quoniam finito primo iudicio ciuili potest Actor intentare iudicium criminale, & è contra finito criminali iudicio primùm intentato, potest intentare iudicium ciuile, & paulò post non dici finitum iudiciū nisi latam sententiam in rem iudicatam transitum fecerit; & sit mandata executioni, & condemnatio exacta.*

35 ¶ Contra este discurso (que con mayor dilacion que quisieramos dexamos fundado) se podrà dezir, que los señores Alcaldes de esta Corte pueden, y deuen conocer de la nulidad de este instrumento, pues no ay prohibicion juridica, imô permission expressa incidentemente, vt communiter notatur *in l. solemus, §. latrunculator, ff. de iudicijs*, & ibidem notant Angel. & Paul. Castrens. idem Paulus *in l. quos retrahi, C. si aduersus libertatem, num. 2.* & ex Bos. Iul. Clar. Menoch. Bant. & alijs tradit Iuan. Bautist. Toro *in compend. decis. part. 2.* verbo, *nullitas ex eo resultans, tom. 2.*

36 ¶ Los exemplos ponen los Doctores, in inquisito, de furto, violentia, aut à motione confinium, etenim in casibus prædictis ex causa ciuili ab ea descendente iudex poterit ciuiliter licêt incidenter condemnare Reum ad restitutionem rei ablatę, ita infertur ex Bant. *in tractat. de nullitate, Rubric. de nullitate ex defectu iurisdictionis, num. 47.* Menoch. *de arbitrar. lib. 1. quæst. 82. & in tractat. de retin. posses. remed. 3. num. 553.*

37 ¶ Sed huic oppositioni facillimê respondebimus. Lo primero, con que este juyzio en manera alguna està intentado con la distincion que se deuia, ni se podia intentar, mediante la litispendencia del juyzio possessorio, ni la passion de don Iuan Adan le abriò los ojos para que conociesse el estado que antes tenia.

38 ¶ Lo segundo, que aunque se pueda entender que està propuesta la nulidad del instrumento, no pueden sustentarse, simul, las dos acciones, ni son compatibles, por ser perjudiciales, y no auer medio juridico para que a vn tiempo corran, y se determinen, por estar reprouado por derecho, siquidem, si se huuiera

uiera dicho en la acusacion, ò querella, *pido que se condene a Andres del Castillo por perpetrador de este delito, y que incidentemente se declare por nulo el instrumento*, corria el discurso faltando la litispendencia del juyzio ciuil; pero entrar intentando principalmente castigo del Reo por auer fabricado el instrumento fallo, y pedir a vn mismo tiempo, y en vn mismo libelo, principaliter que este mismo instrumento se declare por nulo, no es tolerable, segun disposicion en derecho.

39 ¶ Quod probatur, porque el suponer que Andres del Castillo es Reo, y perpetrador de este delito, es accion criminal, y el pedir que se declare por nulo, huyendo del juyzio possessorio ya començado, queriendo continuarlo en lo criminal, es dexar suspensa la causa ciuil, que antes auia tenido principio, quod non patiuntur iura, *l. 2. §. hoc edicto, ff. vi bonor. raptor. l. interdum 4. de public. iudic. l. ex morte 3. iunct. glos. ibi, C. ad leg. Aquil. l. vltim. C. ad leg. Cornel. de falsis, l. 1. C. ad leg. flau. de plagiar. l. vnica, C. quand. ciuil. act. crimin. praeiudic.* ex Bart. & quam plurimis hanc regulam firmat Carleual *lib. 1. tit. 2. disput. 6. nu. 2.* ibi: *Primò casu, quando ex eodem facto oritur actio ciuilis, & criminalis in fauorem vnius, & eiusdem Actoris, Actor potest ab initio eligere, qua agere velit, NON ENIM POTEST SIMVL DVABVS VTI, verum si eligit actionem ciuilem, non potest posteà cumulare actionem criminalem, aut si intentauit criminalem, nõ potest posteà intentare ciuilem durante, inquam, primo iudicio, & non finito, hac conclusio habenda est pro regula.*

40 ¶ Esta regla tiene varias limitaciones y ampliaciones que exemplificò el mismo Carleual *dict. tit. 2. disput. 6. lib. 1. à num. 5. cum sequentib.* La primera de las quales es, quando la causa criminal es perjudicial a la ciuil, que entonces se deue suspender la vna, hasta que se fenezca la otra; y assi dixo con varias autoridades y principios en el *num. 6.* estas palabras: *Amplia primo, praedictam regulam, & illam declara, vt procedat absque dubio cum causa criminalis est praeiudicialis ciuili, vel cum absorvet ciuilem, vel cum est exclusiua iuris agentis ciuiliter, quibus diuersis modis significatur à Doctoribus praeiudicialitas causarum inter se, hoc enim casu concurrentibus duabus quaestionibus, & causis, siue vna sit ciuilis, & alia criminalis, siue ambae ciuiles, siue ambae criminales, si vna sit praeiudicialis alteri procedendum est in ea, quae est praeiudicialis, & in alia supersedendum.*

41 ¶ Et statim *num. 7.* definiendo con indecible precision la materia, dize: *Praeiudicialis causa illa est, quae ex natura sua postulat, vt prius de illa iudicetur in concursu aliarum.*

42 ¶ Y llegandose mas a los terminos indiuiduales de nuestro pleyto, en el *num. 13.* sic inquit: *Ex praedictis infertur primò, si Reus accuset Actorem de falsitate instrumenti per ipsum producti in causa ciuili contra ipsum agitata esse supersedendum in causa ciuili, & prosequendam causam falsitatis, antequam in ciuili procedatur.* Et circa finem eiusdem num. 13. dando la razon dize: *Ratio huius illationis est eadem, quae regulae superius tradita. Prima, quoniam tàm exceptio, quam accusatio falsitatis instrumenti est praeiudicialis causae ciuili, cum sententia lata de eius falsitate obstet sententiae in causa ciuili ferendae. Secũda, ob maioritatem, & praeeminentiam ratione, cuius causa criminalis praecedere debet ciuilem.*

43 ¶ Todo este discurso, y formalidad de juyzios que hemos referido se reduze a manifestar la naturaleza de este pleyto, porque en el precisamente se ciñò, y obligò la parte del Convento a prouar, y verificar, que Andres del Castillo, Reo acusado, falsificò el instrumento super quo lis vertitur, y esto es de quo principalis est quæstio. Con que faltando este supuesto, no ay consequencia, y con que calidades aya de verificarlo, manifestè demonstrabitur ex sequentibus.

DIFERENCIA DE PROVANZAS EN LO *ciuil, y criminal.*

44 ¶ Quando el juyzio de falsedad de instrumento se intenta ciuiliter, & tantum, ad hoc, vt fides instrumento, non adhibeatur, se contenta el derecho con presunciones, y conjecturas, cada vna perfectamente verificada en su genero; y de aqui, segun algunos Autores, se infiere legitima prouança. At verò, quãdo criminalmente se intenta, son necessarias precisamente prouanças regulares, indisputables, y corrientes, absque vlla tergiuersatione.

45 ¶ Que quando concurren presunciones y conjecturas verificadas, como deziamos, se tenga por prouada la falsedad, quando ciuiliter agitur tuuieron varios Autores, ex *l. iuuemus, C. de probation. cap. inter dilectos, de fide instrument.* quos referunt Farinac. *de falsitat. quæst. 151. num. 10.* Dom. Larrea *allegat. 96. num. 3.* Sesse *decis. 118. & 119.* Barbos. *vot. 68. num. 7.* Noguerol *allegat. 26. num. 147.* apud quos quam plurimi inueniuntur.

46 ¶ Otros quisieron, con mas seguros fundamentos de derecho, quod neque etiam in ciuilibus in puncto iuris falsitatis suspitio haberetur pro concludenti probatione, cuius fuerunt, Decian. *cons. 108. num. 75. lib. 2.* Mascard. *de probation. lib. 2. conclus. 739. à num. 2.* Caputaquens. *decis. 4. num. 3. part. 2.* Honded. *cons. 109. à num. 62. lib. 1.* Neuizan. *cons. 27. num. 21.* Gabriel *lib. 6. nu. 12.* Achiles Person. *in tractat. de adipiscend. posses. nu. 142.* idem Caputaquens. *decis. 207. num. 3.* vers. *Et maximè, quando agitur de falsitate ciuiliter, part. 1.* Viuio *decis. 81. num. 2.* Surd. *cons. 132. num. 65.* Decian. *cons. 99. num. 9. lib. 2.* vbi de communi indubitata, & verissima opinione Esforcio Odda *cons. 78. num. 1.* vbi quod hæc opinio est communiter recepta à Doctoribus Menoch. *cons. 99. num. 5. lib. 2. & in 2. remed. adipiscend. posses. num. 700.* Farinac. *dict. quæst. 151. num. 10. post medium.*

47 ¶ Cuya razon juridica persuade viua y eficazmente, porque es cosa dura, que siendo el instrumento probatio probata, & rem euidentem faciens, se aya de debilitar por sospechas y conjecturas, & sic quamvis ciuiliter agatur, minimè ex eis detrahenda est fides instrumento, pues como dixo Bos. *in tit. de fals. num. 33.* post alios, quos refert & sequitur Farinac. vbi supra *num. 8. Quod possibili veritate inesse posita, nulla sequitur necessaria falsitas*, ipsissimis verbis vtitur etiam Paul. Reb. *practicar. quæst. cap. 43. num. 10.*

48 ¶ Sed in nostro casu, quando criminaliter agitur nihil dubij, que ayan de ser prouanças claras, indisputables, y euidentes, Decio *cons. 189. num. 2. & 3.* Aymon *cons. 134. num. 26. cons. 28. num. 9.* Foler. Zephal. Clar. Curt. Menoch. Hippolyt. Riminald. & alij quos refert & sequitur Farin. *d. q. 151. n. 10.*

Optimè

49 ¶ Optimè Petrus Cabal. *resolut. criminal. casu 251. num. 3.* ibi: *Quia in crimine falsi probatio debet de necessitate concludere, vt in indiuiduo; post Bald. in l. iur. gent. §. quod fere, ff. de pactis, tradit Decio cons. 615. num. 2. In tantum, quod in eo crimine præsumptiones in ciuilibus concludentes, in criminalibus non sufficiunt ad condemnandum.*

50 ¶ Eleganter etiam Francisco Viuio *decis. 81. lib. 1.* donde despues de auer traydo los Autores que indistintamente quisieron, que por las sospechas de falsedad no se tuuiesse por prouada, refiriendo à Iulio Claro *lib. 5. sentent. §. falsum*, vers. *Trita*, sic ait: *Studet præsentem ambiguitatem hac solidissima distinctione enodare, & extricare, quod, aut loquimur in criminalibus ad puniẽdum aliquem de falso, & vtique tunc ad probationem falsitatis non sufficerent vllo modo coniecturæ, neque suspitiones, sed requirerentur probationes legitimæ, & quæ de necessitate concluderent, & ista est communis opinio.* Y despues de auer referido varias autoridades, procediendo con la distincion referida, sic ait num. 9.

51 ¶ *Et hinc est, quod probatio falsitatis non ex præsumptione debet cõcludere, SED DE NECESSITATE, TALI MODO, VT RES ALITER SE HABERI NON POSSIT, ita Grammatic. cons. criminal. 19. & cons. 33. Alex. Stiatic. inter consilia criminal. diuers. cons. 117. Magnificè num. 14. volum. 1. Bald. in l. Imperator, column. 3. ff. de statu hominis, & in l. iuris gent. §. quod ferè, ff. de pact. Alex. cons. 70. viso processu, col. 2. & cons. 74. viso testament. volum. 1. Decio in l. singularia, ff si cert. petat. & cons. 175. & ita iudicatur Sacersen. Pedam. teste Otautan. Chaker. decis. 107. Itaque conclude, quod in causa falsitatis probationes sunt omnino necessariæ, teste Decio cons. 175. num. 4. Ancharran. cons. 23. & Fulgos. cons. 173. in princip. Cum in tali causa, quis condemnari nõ debeat ex præsumptionibus, quia melius est nocentem absolvere, quam inocentem condemnare, l. absentem, ff. de pœn. & idem quoque tradit Verobens. cons. 21.* hactenus Viuio.

52 ¶ Alios more solito refert Dom. Castill. *lib. 2. controvers. cap. 16. num. 34.* donde despues de auer assentado esta conclusion, dando la razon de ella, sic ait: *Ratio est, quia Notarius habet præsumptionem iuris pro se, ideò liquidissimè constare debet de falsitate contra eum, cap. ad Audientiam, vbi Abb. de præsumpt. &c.*

53 ¶ Et Paulo post *pro instrumento etiam in dubio fit præsumptio adeò, vt cæteris etiam paribus, vel in obscuro semper contra falsitatis præsumptionem fiat interpretatio.*

54 ¶ Iuan Bautista Nobario *in collectan. super Rubrica de falsis, collect. 1. num. 8.* ibi: *Quod in criminalibus suspitio falsi pro veritate non habetur, & quod in falso sunt omnino necessariæ probationes*, Capicio Latr. *in consult. 4. num. 27.* inquit, quod ad probandas falsitatem requiruntur liquidissimæ probationes, idem tenet Pareja *de fide instrumentor. tit. 1. resolut. 3. cap. 2. num. 26.*

55 ¶ Y mejor que todos Almonte Ziazio *de defensione Reorum, disceptat. 24. à num. 105.* ibi: *Quinto, non dicitur commissa falsitas, quando probationes non concludunt, quæ per necesse, non autem per possibile concludere debent, & multo exactiores, & magis concludentes requiruntur quam in alijs delictis*

ob infa-

ob infamiam, & grauitatem delicti, imò falsitatis crimine probationes magis cō-cludentes, & structiores requiruntur quando criminaliter agitur. Et paulò post: Sed requiruntur probationes legitimæ, & optimè concludentes, quinimo exactissimæ plusquam in alijs criminibus, & probatio in crimine falsi debet de necessitate concludere, & testes debent esse omni exceptione maiores, aliàs non admittuntur, hactenus Almonte Ziazio, trayendo en comprouacion de esta conclusion varias autoridades.

56 ¶ Et id omne comprobatur ex texto *in l. fin. C. si ex fals. instrum.* cuius hęc sunt verba: *Iudicati executio solet suspendi, & soluti dari repetitio, si falsis instrumentis circumuentam esse religionem iudicatis, crimine posteà falsi illato, manifestis probationibus fuerit ostensum.*

57 ¶ Neque ferendus est Dom. Lattea *allegat. 96. num. 5.* porque ademas, de que como dixo Seneca: *Non te mobeat dicētis authoritas, sed quid dicatur attende*, la opinion contraria de la que quiere esforçar es la segura, vt fundatum remanet, y los textos de que se vale, pręcipuê, *l. fin. C. ad leg. Corn. de fals. l. iubemus, C. de probat.* minimè conclusionem probant siquidem ex duplici medio, salimos de qualquiera ponderacion que dello se quiera inferir, porque la *l. iubemus* supone, que el vicio de falsedad ha de constar del mismo instrumento que se presenta, ibi: *Iubemus omnes, qui scripturas suspectas comminiscuntur*; no empero, quando aliunde intenta comprouarse; y entonces solo refiere el texto, que puede prenderse al que se vale de ellas, para que prueue su certeza, & sic concludit, ibi. *Vt nefariæ scripturæ Reos, quasi falsarios esse detinēdos.*

58 ¶ Y de aqui dixo Francisco Viuio *dict. decis. 81. num. 10.* ibi: *Et inhærendo communi ante signatæ, quod suspitio falsi non habeatur pro falso, non videtur obstare, dict. l. iubemus in contrarium allegata, vtpotè, quia ea loquitur in scripturis suspectis, quarum contenta probata aliter non fuerint.*

59 ¶ Y es admirable la razon que diò el texto *in cap. litteras 14. de præsumpt.* ibi: *Quo circa mandamus, quatenus cum propter solam suspitionem, quamuis vehementem, nollumus illum de tam graui crimine condemnari.*

60 ¶ Lo segundo, porque en este pleyto en manera alguna puedan adaptarse estas doctrinas, porque falta el supuesto, siquidem, este es, que si alguno presentare en juyzio alguna escritura q̄ por su inspeccion misma, ex vitio visibili, sea sospechosa de falsa, puede ser preso (no condenado) y le incumbe la carga de prouar que es cierta. En este pleyto quien ha presentado la escritura que pretende que es falsa, dado la querella, refiriendo sus motiuos, y siendo real, y verdaderamente Actor, deduziendo la criminalidad, es la parte del Convento, y assi deue prouar concluyentemente su intento, *ex princip. iur. l. Actor cum asseuerat, l. sciant cuncti, C. de probation.*

61 ¶ De todo lo qual juridicamente inferimos, que auiendo el Convento dirigido su accion criminal contra Andres del Castillo, acusandolo, y suponiendolo perpetrador de este delito, se halla precisamente obligado a verificarlo plena, y regularmente, y no como quiera, sino es con tres testigos mayores de toda excepcion, *quia quando agitur de probanda Notarij falsitate, hæc probatio desideratur*, vt tradit Narbon. *in l. 35. tit. 25. lib. 4. Recopil. glos. 2.*

62 ¶ Optimê in terminis Francisco Viuio *dict. decis. 81. num. 5.* ibi:

Et

Et ratio ipsius communis ea est, quoniam instrumentum vim duorum testium habet, & proinde id non reprobatur, nisi per duos testes idoneos, omni exceptione maiores, vbi ciuiliter agitur, vbi autem criminaliter requiruntur tres testes. Felino in capite cum Ioannes de fide instrument.

63 ¶ Ex quo infertur, que todas las vezes que el derecho quiere que los testigos sean mayores de toda excepcion para la prouança de alguna cosa, es menester que se verifique esta calidad, vt ex Crauet. Beroi. Zephalo, & alijs tradit Caualcan. *decis. 19. num. 27. part. 1.* Narbon. *in dict. leg. 35. tit. 25. lib. 4. Recop. glos. 2. nu. 3.* & ex Auend. Gregor. Lopez, Iuan Garcia, Matienç. & alijs Dom. Castill. *de tertijs, cap. 27. num. 6.* Noguer. *allegat. 32. num. 56.* Dom. Larrea *duobus in locis, scilicèt, decis. 98. num. 41. & allegat. 29. num. 13.*

64 ¶ Y aun quando nos hallaramos en este pleyto en terminos de que estuuiera deduzida la nulidad del instrumento, y pudiera caer sentencia sobre ella (quod nostro videri, minimê potest ex anteâ dictis) adhuc, era necessaria plena, y regular prouança: la razon admirablemente juridica es, porque *quãdo ciuiliter agitur, non agitur super declaratione falsitatis instrumẽti, neque nullum declaratur, neque expresse super falsitate pronuntiatur, sed tantum denegatur instrumento fides*, y asi bastan sospechas que persuadan, para que sus efectos no obren, Crauet. *cons. 56. num. 20.* Alvens. *cons. 99. num. 10.* vers. *In secunda verò specie*, magistraliter Salicet. *in l. in exercend. litib. C. de fide instrum. n. 4. & 5.* Socin. *cons. 92. num. 1.* vers. *Secundo ipse respondit, lib. 3.* Noguer. *dict. allegat. 26. num. 153.*

65 ¶ Y asi es menester proceder con distincion: *Quia falsum dicitur instrumentum quando concludentes probatur falsum, vt puta rem aliter se habere quam cantat instrumentum, suspectum vero dicitur quando nulla adest concludens probatio falsitatis, sed solum adsunt verisimiles falsitatis suspitiones*, ita Abbas *cons. 99. num. 3. & 4.* Gandino *in tit. de falsitate, nu. 5.* vers. *Item nota, quod rasura*, Mascard. *de probat. lib. 2. conclus. 740. num. 1. 2. & 3.* glos. Bart. & alij *in l. 1. §. si quis neget. ff. quemadm. test. aper.* Canonistæ *in cap. ex litteris de fide instrum.* Sesse *decis. 118. num. 8.*

66 ¶ Hinc prouenit, que para condenar al Reo, ò declarar por nulo el instrumento, quando criminaliter agitur, es precisamente necessario la prouança regular que hemos referido, vt fundatum remanet, & infertur ex traditis â Menoch. *de arbitrar. lib. 2. centur. 2. casu 105. à num. 36.* Barbos. *de falsis, nu. 22.* Ruin. *cons. 56.* Bald. *cons. 432.* Dom. Larrea *allegat. 96. à nu. 13.* Barbos. *vot. decis. 68. a num. 1.*

67 ¶ Porque como dexamos assentado, *quotiescumque verba possint trahi, ad falsum, & non falsum fit interpretatio; vt non contineat falsum*, vt colligitur *ex glos. in l. iurisgentium, §. quod ferè*, in verbo, *approbetur, ff. de pact.* quam ibi ponderant Doctores: *Et ratio est, quia probatio falsi debet necessario, & concludenter doceri facit, l. si Præses, & l. interpretatione, C. de pœnis, & l. si quis intentione, ff. de iudicijs*, cum alijs alegatis per Alexand. *in cons. 75. num. 11.* vers. *Oportet, quod probatio falsi concludat per necesse, lib. 1.* & ibi additio in verbo, *concludat*, quare sat non esset semiplena probatio, vt advertit Rota *coram bon. mem. litta, decis. 121. num. 1.* vers. *Neque semiplena probatio suffi-*

cit, & c. Cum ibi allegatis, part. 5. diuers. vbi etiam num. 2. Dicitur, quod falsitas excluditur data possibili veritate in contrarium, vt satis notum est; omnia sunt verba doctissimi Pauli Rubei *resolut. practicabl. cap. 43. nu. 7. vsque ad 10.*

PRESVNCION QVE ASSISTE A ANDRES DEL Castillo.

68 ¶ Quanto mas graue es el delito de la falsedad, tanto mayor resistencia presume el derecho para que se aya cometido: *Nam omnia alia delicta* (exclamat Dom. Larrea *dict. allegat. 96. num. 9.*) *quodcumque tendit, vt ex rebus humanis, quibus vita sustinetur vnam adimat homicidium vitam, fructũ diuitias, adulterium honorem, at verò falsitas omnium criminum præparatio, & clauis existimanda, quia crimine falsi possunt adimi vita, honor, & diuitiæ.*

69 ¶ Y assi es menester grauissima causa, conveniencias, y vtilidades para llegar a sospechar que vn hombre aya cometido semejante delito, porque ademas de la presuncion natural que quiere que ninguno se aya cometido, ex vulgar. regul. *l. merito, ff. pro socio*, en este, super quo lis vertitur, *abhorrent iura aliquem falsarium putare, vti ex cap. accedens 8. vers. Cum præsumi non debeat de crimin. falsi*, & ibidem glos. in verbo, *præsumi, & ex l. penultima, C. de his qui sibi in testam. adscrib.* elegantemente pondera Paul. Rub. *dict. cap. 43. num. 5.*

70 ¶ Y de las pocas vtilidades que Andres del Castillo le resultauan manifestè patet, por el contexto del pleyto, y donacion que se quiere impugnar, pues solo se reduze a agregar vn oficio de escriuano publico de Cordoua, a los vinculos que possìa el dicho Andres del Castillo, con prohibicion de enagenarlo, y con carga de dozientas Missas, y ya se vê lo poco que podia rentar, y q̃ ninguna libertad se le dexaua al dicho Andres del Castillo para q̃ dispusiesse dél, ni enagenarlo, con que si se pudiera dar, que auia cometido la falsedad, ni prohibiera la enagenacion del oficio, ni le impusiera carga de Missas: *Vbi agitur de modico præiudicio, & paruo interesse non præsumitur falsitas, quia non subest causa verisimilis, quod pro modico voluerit quis falsum, aut fraudem committere*, aiebat Ioann. Gutierr. *cons. 37. num. 9.*

71 ¶ Hanc ipsammet præsumptionem affert Menoch. *l. b. 5. præsumpt. 21. num. 18.* ex Bald. *in cap. cum adeo, nu. 4.* vers. *Vel dic hoc verum de rescript.* & ex Ant. Gabriel. & alijs.

72 ¶ Id ipsum profitetur ex ipso Menoch. Peña, Mascard. Butrio, Montizel, & alijs Fragos. *part. 1. lib. 5. disput. 13. §. 5. num. 101* vbi ait: *Hoc non procedere, quando falsitas esset commissa in re tenui, & modica, tunc enim instrumentum non præsumitur falsum.*

73 ¶ Y siendo el dicho Andres del Castillo vn escriuano, fiel, y legal, y bastantemente acomodado, con bienes de fortuna, por tampoco, ô ningun interes, no es creyble cometiesse esta falsedad, vt in simili considerat Lelio Alt. Grad. *cons. 50. n. 226.* ibi: *Quæ eo magis certa reddentur attenta qualitate personæ D. Zanaleti de cuius interesse agitur in dictis conditionibus, & substitutionibus, est enim ipsa vir optimæ conditionis, & fortunæ bonis affluens vnde verisimile*

simile non est eum ob modicum interesse quid minimum minus vere in tali instrumento scriuit voluisse, Farin. *quæst. 153. nu. 147.*

74 ¶ Et non minus eleganter Capicio Latro *in consultat. 4. num. 34.* dum inquit: *Et si quid vtilitatis afferret, esset nimis modica ad conualidandam probationem, & ad hoc, vt præsumatur falsitas non sufficit modicum lucrum, nec modica vtilitas, cum sine magna vtilitate falsitas commissa nõ præsumatur, para cuya comprouacion laudat glos. in cap. accedem extra de crimine falsi, Aymon, Honded. Farinac. Almont. Ciazi.*

75 ¶ Y finalmente esta es conclusion comunmente recebida por todos los Autores, que con vn mismo sentir defienden, que todas las vezes que no huuiere conueniencia grande, no se presume falsedad, ita ex Cephal. Rolãd. Iacob. Port. & alijs tenet Farinacio *lib. 1. cons. 44. num. 16.* ibi: *Quia causa cessante debet cessare omnis præsumptio falsi, quia sine causa, & lucro falsum, nõ committitur, & per modicum lucrum numquam falsum præsumitur*, idem Farinac. anteà *cons. 9. idem cons. 69. num. 85. & cons. 50. num. 34. & 49. & cons. 88. num. 16. idem decis. 91. num. 5.* & ex Alex. Crauet. Cephal. Bertazol. Marsil. Menoch. & alijs quam plurimis tenet Mario Muta *decis. 38. num. 13.*

76 ¶ Porque hemos de discurrir con mas distincion en satisfacion de los defectos que se ponderan contra Andres del Castillo, cessamos aora en este particular.

PRERROGATIVAS IVRIDICAS QVE ASSISTEN al instrumento.

77 ¶ Al instrumento de donacion presentado por el Conuento, que pretende lo fabricò falsamente Andres del Castillo, le assisten tantas pretrogatiuas de firmeça que podrà exclamar, NOLI ME TANGERE, QVIA CESSARIS SVM, vt affirmat Crauet. *in cons. 17. num. 7.* vers. *Iam potest dici de publico instrumento noli me tangere, quia, &c.* Cæs. Ruginel. *pract. quæst. cap. 7. num. 4.* vers. *De publico instrumẽto solitum est dici noli me tangere, quia, &c.* Mario Muta *decis. 6. num. 21.* Y no con menos seguridad Andres del Castillo, secura potero aura nauigare, lleuando por norte fixo la luz de la verdad del instrumento, vt inquit Paulo Rubeo *pract. resolut. cap. 39. num. 188.*

78 ¶ La razon juridica es, porque hallandose en el instrumento inserta la memoria, y minuta, sin discordar en cosa alguna, conforme a el protocolo, con las solemnidades que pide, *l. 13. tit. 25. lib. 4. Recopil.* como por su inspeccion se reconoce, no es dudable que merece entera fee, y credito, y que el que lo tiene en su fauor, tiene caso de ley, que es probatio probata, y lo que del resulta se dize, que euidentemente consta, *Clementin. sæpè de verb. sign. l. cum precibus, C. de probat.* Stephan. Gratian. *discept. Forens. cap. 952. num. 13.* Surd. *decis. 177. num. 4. & cons. 144. num. 15.* Mant. *decis. 26. nu. 1.* Flamin. *de resignat. lib. 11. quæst. 14. num. 42.* Hieronym. *ad Reg. 8. Cancellar. glos. 64. num. 4. & 5.* Menoch. *cons. 29. num. 2. & cons. 38. num. 4.* Marco Anton. Thomat. *decis. 13. num. 19. decis. 26. num. 9. decis. 50. num. 28. & num. 334. decis. 77.* Barbos. *in collect. in cap. cum contingat de rescript.* Amat. *variar. resolut. 34. num. 1.*

79 ¶ *Sicque instrumentum publicum à publico Notario rogatum facit probationem certam, liquidam, notoriam, ac manifestam, & dicitur veritas apparens, ita vt de eo tanquam de casu legis, non sit dubitandum, adeò, vt vim diffinitiuæ causæ dicatur habere*, inquit (vt solet eleganter) Paulo Rubeo *cap. 38. num. 119. & 120.*

80 ¶ Marco Anton. Thomat. *decis. 29. num. 7. Ait, quod quæ in instrumento contractus continetur, habentur pro textu, cui magis creditur, quam glossæ.*

81 ¶ Pareja *de fide instrum.* comprehendiendolo todo en el *tit. 1. resolut. 2. §. 2. ex num. 1.* en el 5. dize: *Et quod ex instrumento constat, dicitur euidenter apparere, cap. cum accessissent*, ibi: *Propter, quod euidenter apparet de constit. cap. cum contingat 24. de rescript. cap. cum dilecti de donat.* D. Ioan. del Castill. *dict. lib. 2. cap 16. nu. 5 & 6.* vbi ex doctrina Hippolyti Riminald. *cons. 816. ex num. 12. vsque ad num. 21.* affirmat: *Quod instrumentum authenticum, de quo nostra est disputatio, facet plenam probationem probatam, euidentem, ac manifestam, realem, indubitatam, & notoriam, adeò, vt neque disceptatione fori indigeat, habet enim vim decisionis causa, & ex eo fundatur intentio. Et qui illud pro se habet dicitur habere paratas probationes incontinenti, &c.*

82 ¶ Vltra quod, tiene en su fauor tres presunciones que lo califican, que refiere Dom. Castill. *dict. cap. 16. lib. 2. in num. 8.* ibi: *Habet enim pro se instrumentum tres præsumptiones. Prima est, quod sit verùm, & non falsum, nec simulatum. Secunda, quod sit solemne. Tertia, quod scilicet omnia in eo scripta de voluntate partium scripta censeantur, &c.* Ex Baldo, Beccio, Neuiza, Hippolyto Riminal. Surd. Honded. Bonifacio, Rugerio, y es deste mismo sentir Pareja *in dict. §. 2. resolut. 2. tit. 1. num. 8.* Marco Anton. Thomat. *decis. 50. num. 31.* Paulo Rubeo *dict. cap. 38. num. 134.*

83 ¶ Y de aqui naze, que el que quiere impugnar el tenor del instrumento, authentico duriori honore probationis grauantur, habentur enim, tanquam impugnantes casum legis, *glos. recepta, in l. cum precibus, C. de probat.* Surd. *cons. 6. num. 12. & cons. 134. num. 34. & cons. 173. num. 33.* Stephan. Gratian. *discept. Forens. cap. 939. num. 41. & 963. num. 10. & 796. num. 1. & cap. 874. num. 2.* idem Thomat. *dict. decis. 50. num. 31.*

84 ¶ Quia quale enim apparet instrumentum in sui prima figura, talis præsumitur actus qui in eo continetur, & instrumentum, tale præsumitur in materia quale est in forma, Bec. *in cons. 52. à num. 2.* Surd. *cons. 414. num. 20.* Reminaldo iunior *cons. 585. à num. 19.* Rota *Coram R. P. D. Terracinen. in causa Tiburtina hæreditatis 16. Maij 1639. §. 2.*

85 ¶ Y esto corre aun en vn instrumento cuius prothocollum non inuenitur, Bald. *in Rubric. C. de fide instrum. num. 20. & 28.* Alexand. *cons. 175. num. 4.* Castr. *cons. 130. aliàs 125. dubitatur primo, col. vltim. num. 6.* Bertrand. *cons. 44. num. 2. lib. 2. part. 1.* Dom. Couarr. *pract. quæst. cap. 19. nu. 3.* Cagnolo *in l. si librarius 93. num. 81. ff. de regul. iuris*, Surd. *cons. 173. num. 109. lib. 2.* Cluad. *in Authent. si quis in aliquo, col. 1.* & ibi Curtio iunior *col. 1.* Iason *col. 3.* & ex alijs Gratian. *discept. 877. num. 25.* Paulo Rubeo *dict. cap. 38. num. 127.* ibi: *Id procedere etiam, si instrumentum in prothocollo Notarij qui*

quise rogauit, non extabat cum potuerit per incuriam Notarij in prothocollum non redigi, &c.

86 ¶ Pues que serà en vn instrumento que no solo està conforme a su protocolo, si no a la cedula que precediò al contrato, observando el escriuano la legalidad de la *l. 9. tit. 19. part. 3.* in illis verbis: *E poresso la mandamos escriuir en el registro, porque si la carta se perdiesse, o viniere alguna duda sobre ella, que se pueda mejor prouar por alli, &c.* quod videtur sentire, *l. 12. & 13. tit. 25. lib. 4. noua Recopilat. cap. quoniam contra, de probat. Auth. de tabellionib. §. illud,* Dom. Couarr. *cap. 19. num. 2.* Dom. Larrea *allegat. 96. num. 28. & 29.*

87 ¶ Huic accedit bona fama, & opinio Notarij (contra quien no se ha dicho cosa alguna:) *Quæ est sufficiens præsumptio, etiam sola ad tollendas plures alias suspitiones, quæ in contrarium occurrerent*, vt eleganter probauit Bald. *in cons. 464. lib. 4.* Bursat. *vbi supra num. 63.* vers. *Respondeò quarto*, & alij quos retulit Sforcia *dict. cons. 38. nu. 45. & 46. &c.* hæc sunt verba Dom. Castill. *lib. 2. dict. cap. 16. num. 24.*

DISCVRRESE LA SATISFACION VNIVERSAL A todas las sospechas, y proponese como ha de constar del cuerpo de el delito.

88 ¶ Ajustadas ya *la formalidad del juyzio; diferencias de prouanças en lo ciuil, y criminal; presuncion que assiste a Andres del Castillo; prerrogatiuas, y preuilegios que asseguran la certeza del instrumento*; se sigue dar satisfacion a la numerosa turba de motiuos, presunciones, y vicios que con varios nombres se cumulan, ad libitum, tan destituydos todos de fundamentos juridicos, como se comprouarà.

89 ¶ Todo el empeño de la parte del Convento se reduze a proponer en su acusacion, y querella, que Andres del Castillo fabricò este instrumento falso, y en comprouacion deste intento se discurre por dos medios. El vno, suponiendo motiuos, y causas para que Andres del Castillo lo fabricasse, considerandolas à parte rei. Y el otro, buscandolas dentro del mismo instrumento, dandoles, ya nombres de fundamentos, ya de vicios intrinsecos, y latentes, y ya de vicios visibles.

90 ¶ La mayor parte destas sospechas son imaginarias, insustanciales, y sin cuerpo alguno. El del delito, en caso semejante como el deste pleyto, es precisso representar como se prueua, por ser necessario que en todos los delitos conste del, *ex l. 1. ff. ad Syllanian. cum vulg.*

91 ¶ Los medios que los Doctores discurren son (aunque no sin controuersia) si los testigos instrumentales se oponen al instrumento; si este se halla viciado con vicio visible, vtputa; si sit abrasum, cancellatum, vel in aliqua parte substantiali vitiatum; si notarius est solitus tale crimen committere; variedades, ó diferencias de mano, y tinta, & aliæ similes ex quibus, se podrà dezir, que consta del cuerpo del delito, vt ex quam plurimis exemplificat Guazin. *de defens. reor. defens. 4. cap. 9. circa corpus delicti.*

92 ¶ Aqui, no solo se hallan estas circunstancias, ò señas, si no total-

mente

mente las contrarias, porque en el instrumento nada ay visible que lo desacredite; en el Notario no ay articulada, ni prouada mala fama; en los testigos instrumentales, ninguno ay que lo contradiga, antes el que pudo examinarse lo comprueua; no ay variedad, ni diferencia en letras, firmas, y tinta, con que no se puede dezir, que consta del cuerpo del delito, vt fundatum remanet, & etiam cum distinctione fundabimus.

93 ¶ Que no aya vicio visible, patet ex ipsomet instrumento, pues como dixo el mismo Guazino, ex quam plurimis, *num. 9.* se recurre a esta prouança quando los testigos del instrumento, ò otros que interuinieron, no pueden ser examinados, ibi: *Si verò etiam falsitas non possit habere per testes, quia esset mortui, vel absentes, & tùnc Doctores in hac materia aliquos gradus falsitatis tradunt, quia aliquando datur instrumentum falsum, aliquando suspectum de falso.* Et statim: *Quod illud dicitur falsum, quod concludenter probatur falsum; suspectum verò de falso, quãdo non sit concludens probatio falsitatis.*

94 ¶ Quando no ay prouança regular, y concluyente, no se podrà declarar el instrumento por falso, quando criminaliter agitur, vt totiês retulimus, quamuis sit controuersum, quando ciuiliter.

95 ¶ Y aunque se diga, que los vicios visibles son prouança regular, y que dellos se infiere legitima comprouacion del cuerpo del delito, y huuieramos de confessarlo, que por si solos, minimè confitebimur, es menester. Lo vno, que cada qual que se considera sea indisputable, pues, como dixo Guazin. ex qua plurimis vbi supra: *Vitium autem visibile dicitur instrumentum habere, quando habet abrasuram, vel non continet consuetam formam, vel solemnitatem, vel Notarius esset solitus falsa instrumenta conficere, &c.* Y aquì todos los que se ponderan manifiestamente quedaran conuencidos, vt ex sequentibus apparebit.

96 ¶ Lo otro, que contra ellos no aya prouança concluyente, ò otros indicios, y presunciones de igual estimacion, aunque no sean superiores, como en nuestro caso las ay, que todas las vezes que las presunciones que se quieran inferir, ò afectar se hallaren, no solo vencidas, satisfechas, ò elididas por otras, debent fides Notarij, & instrumento absque vlla dubitatione firme, & indisputabiles remanere, y assi (aunque no necessitan de respuesta, y que pudieramos vsurpar las palabras de Iacob. Cheller. *Melius enim de his Mariana scripsisset super sedendo scribere.*) Sigillatim, discurriremos en todas, descubriendo, y fundando la poca, ò ninguna substantia que tienen, y el cuerpo del delito que dellas quiere inferirse.

97 ¶ Nueue fundamentos, catorze motiuos, y veynte y quatro presunciones inventô el odio de don Iuan Adan contra Andres del Castillo, y contra este instrumento. Fueles poniendo los nombres; consultando su passion mas que sus libros; haziendolos mas reparables con la variedad que les impuso; no sabemos en qual mas se fien, solo alcançamos, que ninguna tiene substancia, vt ex Homer.

Ast per multa auium versatur in æthere turba,
Quarum non quæuis portendere idonea fatum.

98 ¶ Mezclanse indistintamente vnos discursos con otros; diuidense en

contrarias clases; hazese mas fuerça en lo mas inutil; y quando se afecta el mayor orden, se halla vn desorden continuado contra los preceptos juridicos que insinuaron el *cap. sit rector, dist. 45.* y la *l. 15 à quo ff. vt in posses. legator. cum simil.* Y de aqui dixo Magon. *de recta patrocin. ration. cap. 5. n. 30.* refiriendo a Specul. *Cum quis inordinata loquitur erroris vulnere audientium corde feriunt, & sepè virtus verborum perditur, cum apud corda audientium loquacitas, in cauta oportunitate leuigatur, & authorem suum loquacitas coinquinat, quæ servire auditoribus, ad vsum profectus ignorat.*

99 ¶ Parece, que solo se caminò a molestar, no solo a la parte, y a sus Abogados, sino a los señores juezes, optimè Quintilian. *lib. 5. institution. orator. Nec tamen omnibus semper, quæ invenerimus argumentis onerandus est iudex; quia, & tædium afferunt, & fidem detrahunt*, porque en esta diuision solo se halla vna confusion contra las reglas de el Filosofo, que refiere Magon. *de recta patrocin. ration. iudicialiter à causa dic. præmedit. cap. 1. à num. 5.*

100 ¶ Pudieramos escusar la satisfacion, por lo que dexamos fundado: *In rebus verò apertis, argumentari, tam sit stultum, quam in clarissimum Solem mortale lumen inferre*; dezia Quintil. *lib. 5. instit. cap. 12.* y por no incurrir en lo mismo que acusamos.

101 ¶ Embaraçanos empero el escrupulo de si cumplimos, ò no con la obligacion, pues lo que nosotros desestimamos puede ser que no se desestime:

Nulla hominum constans de rebus fertur opinio,
Hic despicit risu, quod magis ille probat.

Ninguna cosa ay en la naturaleza humana tan cierta, y fixa, que no pueda parecer duda: *Nil enim in hominum dispositionibus tam firmum est, quod contradictore careat.* Esto, aunque parezca indubitable, euidente, y justo: *Nihil inter homines, sic est indubitatum, vt non possit (licèt aliquid sit valde iustissimum) tamen suscipere, quandam solicitam dubitationem*, dixo el *Auth. de tabellion. cap. 1. collat. 4. tit. 23.*

102 ¶ Todas las cosas, si se reparan, son indicios, no solo dellas mismas, sino de lo mas minimo, si se intenta huyr de la verdad, se pueden sacar argumentos aparentes: *Omnia rerum omnium (si obseruentur) indicia sunt, & argumentum morum, ex minimis quoque liceat capere*, dezia Senec. *in epist. 53.*

103 ¶ Estas circunstancias nos obligan a discurrir en todo con grandissimo desconsuelo de gastar a los señores juezes tanto tiempo, de que con el mayor rendimiento que podemos desde luego pedimos perdon, y quisieramos conseguirlo.

SATISFACION A LOS FVNDAMENTOS PRIMERO, segundo, y tercero q̃ se proponen por parte del Convento.

104 ¶ El primero fundamento con que se pretende prouar la pretensa falsedad de la escritura, son las circunstancias que dize passaron para auerla de fabricar, diziendo, que Andres del Castillo tuuo en su poder el llamado protocolo, y que para esto comprò el oficio de escriuano, y que tuuo en su poder los

papeles veynte dias, desde catorze de Nouiembre, hasta quatro de Diziembre del año de 654. y de aqui se quiere inferir, que en este tiempo se cometiò la falsedad, quod vtrumque ex litis serie euidenter conuincitur.

105 ¶ En primero lugar se ha de presuponer por indubitable, que no solo ha verificado el Conuento, que Andres del Castillo tuuiesse vna hora sola estos papeles en su poder, ni los viesse, ni manejasse, si no que euidentemente consta lo contrario por el pleyto.

106 ¶ La causa que mouiò a Andres del Castillo a comprar este oficio de Matias de Pedrosa, fue, por cobrar del vna cantidad muy considerable que le deuia, y los papeles nunca entraron en su poder. Y lo que por el pleyto consta en estos dos particulares, es, que Roque Ramirez de Leon, escriuano ante quien se otorgò la escritura sobre que se sufre este pleyto, cuya fecha es de treze de Abril de 649. en veynte y tres de Agosto del mismo año renunciò el oficio de escriuano que tenia en Francisco Perez Clauijo, el qual fue recebido al vso, y exercicio del en diez y siete de Setiembre del mismo año, memor. fol. 4. cum seqq.

107 ¶ El Francisco Perez Clauijo renunciò este mismo oficio en Iuã Francisco de la Cruz en dos de Diziembre de 649. el qual se recibiò en catorze de Enero de 650.

108 ¶ El Iuan Francisco de la Cruz en diez y nueue de Diziembre de 653. vendiò este oficio al dicho Matias de Pedrosa, el qual se recibiò al vso, y exercicio del.

109 ¶ El Matias de Pedrosa en catorze de Nouiembre de 654. vendiò este oficio al dicho Andres del Castillo.

110 ¶ Y la causa que huuo para esta venta fue, el que el dicho Matias de Pedrosa era deudor al Iuan Francisco de la Cruz de mil ducados de resto de este oficio, de la qual dicha cantidad otorgò escritura de cesion en forma el Iuan Francisco de la Cruz a fauor del dicho Andres de el Castillo, para que los cobrasse del dicho Matias de Pedrosa, como consta de la escritura, que se refiere memor. vbi supra.

111 ¶ Tratando de cobrar esta cantidad en virtud de la cesion el Andres del Castillo del Matias de Pedrosa, se conuinieron, y concertaron en que para pagarsela le vendiesse el mismo oficio, como con efecto se le vendiò, en cierto precio de marauedis, en que se incluyeron por parte de paga los mil ducados de que era acreedor el dicho Andres del Castillo, por escritura que està en el processo, fol. 282. en que pusieron por pacto expresso, que el dicho Matias de Pedrosa, sin embargo de la dicha escritura de venta, auia de vsar, y exercer el dicho oficio de escriuano tres años, hasta que el dicho Andres del Castillo le acabasse de pagar las cantidades que le quedaua deuiendo.

112 ¶ Deste contexto resultan conuencidos los dos supuestos, que contra la verdad del hecho se han querido assentar, videlicèt, que Andres de el Castillo comprasse este oficio para cometer esta falsedad, y que la cometiò en el tiempo que tuuo los papeles en su poder, siendo vno, y otro incierto, porque ni jamas los tuuo, ni fue dueño dellos en quanto al vso, y assi quando Pedrosa renunciò en Olegui, se los entregò el mismo, sin intervencion de Andres del Castillo.

Con

113 ¶ Con que no auiendosele prouado la existencia real de los papeles en Andres del Castillo, con verdaderas, y concluyentes prouanças, como lo deuió hazer para la verificacion de este primero que se llama fundamento, en que quiere el Convento consista toda la fabrica de esta falsedad, *ex l. non ignorauit 4. verbo, fuisse, C. ad exhibendum*, & ibi Bald. *num. 1.* Iuan Garcia *de nobilitate, glos. 2. §. 1. num. 41.* Rota penes Farinac. *decis. 278. num. 2. post lib. 2. cons. & decis. 259. num. 6. part. 1. in recent.* Stephan. Gratian. *discept. cap. 736. num. 12.* & ex alijs Pareja *de fide instrum. tit. 5. resolut. 15. ex num. 15.* ibi: *Quod adeò verùm esse credidit Rota in locis proximè laudatis, vt absque dubio affirmauerit existentiam per veras probationes, & non præsumptiuè probari debere, neque in hac materia argumentum de tempore præterito in præsens posse desumi, vt dixit Olibertus Beltram. dict. num. 6. &c.* Dom. Castill. *de aliment. cap. 20. nu. 37.* se reconoce la futilidad de este primero medio.

114 ¶ Y mas en consideracion de estar prouado concluyentemente, que la causa de la compra del oficio solo se dirigió a hazerse pago Andres del Castillo de lo que se le estaua deuiendo, con que verificada esta causa cessa la de presuncion de falsedad.

115 ¶ Y constando, ademas de los instrumentos, y relacion que por ellos se haze, por las deposiciones de los testigos principales que interuinieron en esta materia, memor. â fol. 4. motiuo 1. y de otros muchos, que jamas estos papeles entraron en poder del dicho Andres del Castillo, sin que de todo el pleyto se pueda inferir, ni aun la mas leue circunstancia contraria, parece, que es notoria la injusticia con que pretende imputarsele el delito de falsedad, pues es impossible que la cometiesse sin dar tiempo habil, y capaz para fabricarla, y faltando este supuesto necessario, vnico refugio, y principio que quiere dar el Convento, se frustran todos los demas que se siguen, pues sin el no puede consistir, iuxta notata per Bald. *in l. non quidquid, ff. de iudicijs*, Roman. *singul. 490. statutum puniens*, Socin. *cons. 25. column. 2. lib. 1.* Decio *cons. 233. num. 7. & cons. 317. num. 2.* Cephal. *cons. 90. num. 51. tom. 1. decis.* Genuens. *decis. 127. num. 4.* Menoch. *de recup. posses. remed. 9. num. 151. & de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 78. num. 55. & cons. 212. nu. 86.* Lællio Altograd. *cons. 95. nu. 66.*

116 ¶ El segũdo fũdamẽto naze del primero, y se reduze, a que auiendo Andres del Castillo, como dueño de la propiedad del oficio hecho renunciacion a fauor de don Francisco Olegui, a los quatro de Diziembre de 654. despues quiso que Pedrosa hiziesse otra renunciacion a los siete de dicho mes, y año, y esto lo dispuso para que no se presumiesse auer fabricado la escritura, memorial, fol. 6. B.

117 ¶ Mayor ceguedad contiene este fundamento, pues se quiere inferir de vn acto explicito, y de dos instrumentos precisos, y autenticos, porque si la propiedad deste oficio era de Andres del Castillo, y el vso de el por tres años era del Matias de Pedrosa, como era possible que don Francisco de Olegui adquiriesse su dominio, y entrasse en el vso, sin escritura de venta del dueño verdadero, y renunciacion expressa del vsufructuario, siquidem, quando son necessarios dos actos para la consecucion de vn intento, es preciso que ambos concurran, simul, *l. si ita legatum sit, ff. de condit. & demonstration.* Anton. Gom.

2. tom.

2. *tom. variar. cap. 11. à num. 32.* & ibidem Ayllon eius Additionator.

118 ¶ En el tercero fundamento toda via se insiste en la compra de este oficio, diziendo, que se esperò la muerte del Roque Ramirez para comprarlo. Ya hemos referido, que por el año de 649. Roque Ramirez renunció en Francisco Perez Clauijo, y este el mismo año de 649. en Iuan Francisco de la Cruz, y este en el año de 653. en Matias de Pedrosa, todos tres escriuanos fieles, y legales; de forma, que quiere el Convento que en esta falsedad interviniessen Francisco Perez Clavijo, Iuan Francisco de la Cruz, y Matias de Pedrosa, porque de otra forma no puede correr el discurso; todo ello es imaginario, y no es menester mas satisfacion que referirlo.

119 ¶ La causa de la compra de Andres del Castillo no se niega, en los mismos instrumentos se expressa, y assi a contrario sensu, corren las palabras de Genua *de script. priuat. quæst. 6. principalis, dubitat. 7. nu. 53.* ibi: *Vigessima octaua coniectura est, quando falsa causa in ipsamet scriptura priuata fuit expressa; tunc enim oritur præsumptio falsitatis.*

QVARTO, Y QVINTO FVNDAMENTO.

120 ¶ Del silencio de Andres del Castillo de tanto tiempo, quando nò parece que podia ignorar la donacion, mediante no auerla hecho en testamento cerrado, ni auer causa para que los donantes la callassen, se quiere inferir este fundamento, y los instrumentos, y deposiciones de testigos que lo concluyen estân en el memorial, fol. 7. B.

121 ¶ Esforça âse esta presuncion con los textos vulgares, *l. si quis fortè, ff. de pœnis, cap. 1. de frigid. & malefic. cur tandiu tacuisti si rem tam magnam habebas,* Paulo de Castro *cons. 281. num. 1. lib. 1.* Aymon Crauet. Cephal. Menoch. Mascard. Mandel. de Alv. Farinac. Petr. Surd. Francisc. Riccio, & Purpurat. relati, & secutiâ Pareja *tit. 7. resolut. 2. num. 37.* & ex alijs Dom. Larrea *allegat. 96. num. 21.*

122 ¶ A la qual respondemos, que faltando el supuesto principal de auer podido Andres del Castillo tener introduzion en estos papeles, y protocolo para introduzir en el esta escritura, parece, que como antes deziamos cessan todos los discurso.

123 ¶ Pero ciñendonos mas a lo indiuidual de la respuesta, assentamos, que segun el contexto del pleyto, no ay medio alguno por donde se infiera, que Andres del Castillo tuuiesse noticia de esta donacion, hasta que se la diò Pedro Iunquito, y luego al punto hizo sus diligencias, y siendo cierto que la ciencia de este acto por fauorable que fuesse no se presume, *l. verius, ff. de probat. cap. præsumitur de regul. iur. in 6.* Butrius *in cap. sæpè, num. 16. de restitut. spoliat.* Cephal. *cons. 76. num. 21. tom. 1.* Roland. à Vall. *cons. 79. num. 11. lib. 1.* No prouandose por el Convento que la huuiesse tenido Andres del Castillo, no se puede traer a consequencia esta presunciou, porque en ella era necessario assimismo verificar el supuesto.

124 ¶ Siguese tambien otra respuesta que se infiere de los autos, que es, que los donantes, como afirman muchos testigos, zelaron, y encubrieron es-

ta donacion, y contrato del Andres del Castillo, para lo qual pudieron tener pretextos razonables, como son, el que los demas parientes, y interessados no tuuiessen quexa, y tener assimismo mas afecto, y dependiente à el Andres del Castillo; pues si este supiera que auian ya hecho en su fauor vna donacion irreuocable, pudiera assistirles con menos cuydado, como quien tenia ya menos que esperar de ellos, y estas razones naturales, y juridicas que se oponen a esta llamada presuncion, totalmente la desuanecen, y eliden, porque no sufren cõpetencia, vt ex Diu. Thom. Bald. & Thusc. tradit Barbos. *axiom. 197. num. 13.* Carleual *de iudicijs, tit. 13. disputat. 34. num. 22.* Dom. Valençuel. *cons. 2. num. 34.*

125 ¶ Pero la razon mas viua, y eficaz en comprouacion del discurso la fundò en nuestros mismos terminos Corn. *cons. 176. num. 5.* vers. *Et merito, lib. 3.* Donel. *in l. captatorias, num. 4. in fin.* vers. *Non obstat, ff de testam. milit.* & ex his Alt. Grad. *cons. 50. num. 250.* is aureis verbis: *Celeritas autem, & clandestinitas non præstat fraudis coniecturam in testamentis attento, quod occulte fieri solent ne qui expectat se honorari, & non honoratur indignetur, & quando clandestinitas potest alteri causæ adscribi, nunquam præstat coniecturam fraudis in puncto,* Riminald. *cons. 58. num. 26. & 27. & 28.* Surd. *cons. 173. num. 87.* vers. *Quarto quoque.*

126 ¶ Ademas, que para que esta presuncion de silencio, y tardança fuesse juridica, era necessario que passara el transcurso de mas de diez años, dando terminos habiles, *vt ex l. si cum fideicommissum 16. §. Aristo, ff qui, & à quib.* tradunt DD. & notauit Donel. *lib. 1. comment. cap. 10.* & ibidem Ossuald. *litterra F.* & profitetur ipsemet Dom. Larrea *allegat. 96. num. 22.*

127 ¶ Y no es de consideracion el dezir, que siendo sobrino, y interessado no podia ignorarlo, porque neque proximiores scire præsumuntur, quæ tractantur, vel aguntur, vt dicit Bald. *in l. 1. in fin. C. de collus. deteg.* Alexand. *cons. 71. num. 6. lib. 1. & cons. 138. num. 9. lib. 7.* Mandel. Albens. *cons. 25. num. 15* Menoch. *lib. 2. de præsumpt. præsumpt. 51. num. 43. & lib. 6. præsumpt. 38.* Dom. Valençuel. *cons. 155. num. 60.*

128 ¶ Excluyesse mejor esta sospecha con la prouança que ay, de que Pedro Junquito, testigo instrumental de la escritura, diò noticia de ella al Andres del Castillo, y desde que la tuuo hizo las diligencias, buscandola, y pudiera tener algun cuerpo esta presuncion, si no se diera el origen de la ciencia por persona que tan indiuidual la tenia, y si Andres del Castillo sin ella huuiera sacado a luz este instrumento, y validose del, pero auiendo esta circunstancia, y la que se infiere de las deposiciones de don Antonio de Nauarrete, y demas testigos (que se referirán despues) cessa toda sospecha.

129 ¶ Ademas, que aun quando se pudiesse pensar que tuuo alguna ciencia, ò rumor, no siendo indiuidual de la formalidad, y substancia de la escritura, y escriuano ante quien auia passado, no podia obrar cosa alguna, ni menos imputarsele culpa, ni omission, argumento ex traditis ab Authorib. *in l. 3. C. de donation.* Carleu. *de iudic. disput. 26. à num. 8.* Cenf. *quæst. 109. nu. 35.* Donel. & Ossuald. *cap. 43.* & ex quam plurimis Olea *decis. iur. & act. tit. 8. quæst. 2. num. 17.* optimè Mar. Muta *decis. 83. num. 10.* ibi: *Quia in summa, ad hoc, vt quis*

dicatur

dicatur renuntiasse, & remisisse ius suum, plena requiritur scientia, specifica, & indiuidualis, cum eius qualitatibus, nec sufficit, sic indefinita.

130 ¶ La declaracion de Pedro Iunquito, testigo instrumental, que reconoció el instrumento, y memoria, y las firmas dellos, y la suya, estan en el memorial, fol. 8. B. y se advierte, que está defectuoso el §. que comiença, y del requirimiento, porque la declaracion que en el se refiere es de Pedro Iunquito, y se le olvidó al Relator el nombre.

131 ¶ Tambien se advierte, que ay diez testigos que comprueuan la declaracion, y excepciones de Andres del Castillo. Y otros tres, que ex abundanti dàn razon de las causas de su ignorancia, vt videre est, memor. fol. 9. B. circa finem.

132 ¶ El quinto fundamento queda satisfecho con lo referido por no contener cosa mas que aumentar numeros.

SEXTO FVNDAMENTO.

133 ¶ El sexto fundamento consiste en dezir, que auiendo en la donacion de marido, y muger carga de dozientas Missas, auiendo sobreviuido ella, no costa que las dixesse.

134 ¶ Este llamado fundamento es tan insustancial, como de el se infiere. Cierto es, que la doña Ana del Castillo solo viuió seys meses despues de la muerte de su marido, esto no se niega por el Convento, memorial, fol. 10. Y no es dudable que los seys meses restantes pudiera cumplir con esta obligacion, pero demas de lo alli alegado, que sospecha resulta contra el instrumento de esta imaginaria; ó como sabe el Convento si la doña Ana dixo las Missas?

SEPTIMO, Y OCTAVO FVNDAMENTO.

135 ¶ Este se reduze al silencio que se pretende tuuieron los donantes en sus testamentos, sin hazer mencion en ellos de esta donacion. Los fundamẽtos con que se pretenderá darle cuerpo, statim, referiremos.

136 ¶ Presuponemos, que en el testamento de Geronimo Gutierrez de Valderrama, aunque no ay especifica mencion de esta escritura, ay la tan indiuidual, y generica, de que el oficio de escriuano se vinculó, que no puede dudarse, pues dize, *todos los bienes libres, Y VINCVLADOS*, memor. fol. 2. fol. 10. B. y fol. 12. B.

137 Con que no pudiendose referir estas palabras a otros bienes, sino es a los que marido, y muger auian vinculado, y agregado, es preciso que se aya de entender de ellos.

138 ¶ Alias, dieramos que estas palabras no tuuieran supuesto en que fundarse, y de vento servirent contra iuris principia, *cap. si Papa de priuileg. in 6. l. si quoniam, ff. de legat. 1. l. qui concubinam, §. qui hortos, cum glos. fin. ff. de legat. 3. l. hæc stipulatio, §. Diuus, ff. vt legator. nom. l. 1. in princip. & ibi notat. ff. quod met. caus.* & ex alijs iuribus, & authoritatibus Paul. Rub. *resolut. practicab. cap. 37.* & ex innumerabilibus Barbos. *axiomat. 222.*

Y es

139 ¶ Y es cierto, que esta mencion basta para que no se diga, que el Geronimo Gutierrez no hizo memoria de la donacion, pues assentando, que no auia otros bienes vinculados como se ha referido, precisamente se ha de entender dellos, y bastò esta mencion, *l. cum lege ff. de testam. l. 1. §. quod autem, ff. de aleator. cap. ad audientiam, de decim.* Mantic. *de coniect. vltim. volunt. lib. 8. tit. 18. num. 35.* Barbos. *in l. quia tale, num. 37. ff. solut. matrim.* Rot. *decis. 352. num. 1.* apud Farinac. *part. 1. recentior.*

140 ¶ El testamento de doña Ana del Castillo no la hizo desta escritura, pero contra este oluido, ò diligencia se aduierte, que fue cerrado, dispuesto por vn Religioso del mismo Conuento que litiga, y el Licenciado Acisclos de Cota, vnicos, y principales interessados.

141 ¶ Que los dos referidos se encerraron con la dicha doña Ana para escriuir, y disponer este testamento cerrado, se ha prouado por Andres del Castillo con cinco testigos, memor fol. 11. circa finem.

142 ¶ Que toda via en este testamento se hallan algunas circunstancias, y vestigios de la noticia de la donacion, se infiere de que quando se dexa el oficio al Conuento es con la misma carga de 200. Missas con que se auia dexado en la donacion.

143 ¶ Que el Acisclos de Cota fue quien hizo el testamento, se infiere, pues pidiò que se abriesse, diziendo, *que era interessado.*

144 ¶ Conuencese mejor que la dicha doña Ana tenia memoria de la donacion que auia hecho a fauor de Andres del Castillo, pues estando enferma, y lleuandole vnos vizcochos, le dixo, que se los dexaua muy bien pagados. Esta circunstancia prueua Andres del Castillo con quatro testigos, memor. fol. 11. B. circa finem, fol. 12. sequenti.

145 ¶ Esto es todo lo que passa en el hecho, y todas estas circunstancias manifiestan relacion, memoria, y noticia de la escritura de donacion, pues no pueden sustentarse de otra forma, siendo constante, como lo es, que los donantes no dexaron en sus testamentos manda alguna a Andres del Castillo, con que corren las doctrinas antecedentes.

146 ¶ Pero quando todo cessara, esta omission, nihil referret, *omissio eius, quod necessarium non erat, noscere non debet*, dixo Sesse *decis. 420. num. 11.* Y querer por este silencio arguyr vn instrumento, es insustancial, iuxta Bald. doctrinam, *in l. 1. C. de emancipat. liberor.* ibi: *Silentium non dat titulum supra de transactionibus, l. si profundo; nam silentium nihil est titulus, & iurisdictio aliquid est*, Dom. Larrea, ex quam plurimis *allegat. 9. num. 31.*

127 ¶ Cæterùm, que quando la misma doña Ana huuiera hecho este testamento por si sola, y no estuuiera verificado que lo hizieron los que le han referido, nullius erat momenti, porque en mas de quatro años de tiempo vna muger vieja, cercana a la muerte, no ha de tener memoria indiuidual, y precisa de vna escritura de donacion irreuocable, bastò que la tuuiesse de las dozientas Missas que dexaua cargadas sobre el oficio; y que se juzguen desmemoriados semejantes sujetos, fundan, y defienden Burlat. *cons. 47. num. 19.* Menoch. & ab eo relati, *de arbitr. casu 26. num. 4.* Barbat. *cons. 89. num. 8.* vers. *Quo casu in senibus, volum. 4.* Riminald. iunior *cons. 278. num. 51.* Mascard. *conclus. 1127.*

num.

num.11.in verb.oblivio, Cyriac.*controuers.360.num.35*.ibi: *Tunc quia testatrix erat mulier, & senes, quæ qualitates arguunt faciliorem obliuionem.*

148 ¶ Dandose por desentendido de todas estas circunstancias el Conuento, discurrirà, que deste silencio solo resulta gran sospecha de falsedad, valiendose del *cap.inter dilectos*, *§.in omnibus*, *de fide instrument.* y del lugar de Noguerol, con los que el refiere *allegat.26.num.123.* pero ni lo vno, ni lo otro son de momento en el caso presente, ex sequentibus.

149 ¶ Lo primero, porque el *cap.inter dilectos* antes es fauorable al intento desta parte, que desfauorable, y del en manera alguna se prueua la presuncion que quiso fomentar Noguerol. Siquidem, la especie del texto es, que vn Abad, y Conuento intentaron vn juyzio de reivindicacion de cierto puesto que pretendian pertenecerles, con los frutos, y rentas, queriendo prouar su accion por ciertos preuilegios, contra los quales se expressaron varios vicios visibles.

150 ¶ El primero: *Quia apparebat consumptum videlicèt in annotatione indictionis, vbi potuisset falsitas faciliùs deprehendi.* El segundo: *Quia cum carta vetustissima videretur recentior apparebat scriptura, tanquam non illo tempore facta fuisset.* El tercero: *Quia falsum sigillum vitiose videbatur appositum*, vti exemplificat Pontifex omnino videndus. El quarto, que la cera del sigilo, ni en la color, ni en la estampa era semejante: *Quia cara in ea parte, neque in colore, neque in planicie reliquæ parti similis apparebat.* Quinto, que las señas del sigilo no parecian de Obispo, si no del Cesar: *Verùm non Episcopi, sed Imperatoris videbatur fuisse sigillum, quia in vna medietate Cæsaris imaginem exprimebat, & in altera medietate præsumebatur, vel filij, vel coniugis imaginem habuisse.* Sexto, que no se hallaua el nombre propio, y le faltauan letras, que no auia espacio en que cupiessen, vt latê explicat Pontifex. Septimo, que la misma cera del sigilo por vna parte era antiquissima, y por la otra reciente, y blanda, y se reconocia con euidencia: *Quod sub vetusto sigillo carta fuerat perforata, & per glutinum noua cara, quæ posita fuerat exteriùs quasi ad conseruationem sigilli viciose fuit ipsi cartæ subiunctum.* Octauo, disimilitud de otros preuilegios, & aliæ suspiciones relatæ à Pontifice.

151 ¶ La sentencia de que la parte del Actor se valia se hallaua con otros vicios visibles de igual, y mayor estimacion, ibi: *Instrumentum quoque sententiæ multis modis inveniebatur suspectum.* Siquidem, se hallaua cancelado, y roto: *Tunc quia in ipso, quædam apparebant littura.* La firma del escriuano era diuersa: *Tunc quia subscriptio Notarij videbatur manus alterius fuisse.* Las letras eran mas recientes que el instrumento sonaua, y se auian afectado para que pareciessen antiguas: *Littera quoque recentior videbatur quam carta, & aqua videbatur encaustum infectum, vt antiquiùs appareret.* En todos los preuilegios Imperiales que se auian expedido despues no se hazia mencion de aquella sentencia (esta es la circunstaucia que Noguerol pondera.) Aunque el instrumento fuesse cierto no podia dañar al Reo, porque el juyzio se auia seguido entre otras personas.

152 ¶ Otros muchos vicios, y sospechas vâ refiriendo el texto que se excepcionaron por parte de los Reos, y siendo tantas, tan euidentes, y indisputables

tables las sospechas, y vicios de falsedad y no satisfaciendose a alguna dellas por parte de los Actores, ni replicadose cosa alguna, toda via la resolucion del Pontifice se explica con tantos pretextos para absolver a los Reos que manifiesta con quanta dificultad se juzga contra vn instrumento, y que si aliunde no huuiera otros medios, ô motiuos que esforçaran esta resolucion, no se tomara, hęc sunt decisionis verba.

153 ¶ *Cum autem super his fuisset diutius litigatum, quia legitimè probata non fuerant, quæ petebantur ad Monasterium pertinere ab impetitione ipsius procuratorem tuum, nomine tuo, & Medionalensis Ecclesiæ sententialiter duximus absolvendum, quia cum obscura sunt iura partium consueuit contra eum, qui petitor est, iudicari.*

154 ¶ Graues son las ponderaciones que se infieren de este texto. La primera, que siendo este negocio ciuil, y bastando para limitar la fee del instrumento, en el sentir de muchos Autores, qualesquiera conjecturas, y aun vna sola centella, como dixo Sesse, y que fuesse vn signo mayor que otro, como dixo Gregorio Lopez, esforçò el Pontifice tanto, y tan desigual numero de vicios visibles, y euidẽtes, sin satisfacion alguna en contrario para honestar su resolucion.

155 ¶ La segunda, que aun con todas ellas no tuuo por claro el intento de los Reos, y assi lo explicô como dudoso.

156 ¶ La tercera, que cargô la consideracion en que la sentencia, de que los Actores se valian, se auia litigado con otros, vt constat ex verbis supra relatis.

157 ¶ La quarta, pretextar la sentencia, con que en caso de duda se ha de juzgar contra el Actor, absolviendo al Reo.

158 ¶ De que parte de este texto infiriò Noguerol, que el no hazerse en vn instrumento mencion de otro, es graue presuncion de falsedad? Quando el texto en manera alguna lo supone; porque lo que dize es, que auiendose expedido despues muchos preuilegios Imperiales, no se hazia mencion de aquella sentencia; no dize, que en vno solo no se hiziesse? Que aqui pudiera auer olvido, ô diuersa razon.

159 ¶ Cæterùm, que este era vn preuilegio, y rescripto odioso contra el derecho comun, y assi era menester especifica mencion de el, y mas quando perjudicaua a terceros, vt benê advertit glos. verbo, *mentio, littera I*.

160 ¶ Pero quando todo esto tenga alguna duda, que en la cortedad de nuestro juyzio no la tiene, quid inde. Por ventura, para vn juyzio criminal podrà hazerse caso juridicamente de vna sospecha imaginaria? Que por si sola tiene tantas, y tan eficazes respuestas, y que se halla resistida de tantas circunstancias que dexamos ponderadas, y ponderaremos?

161 ¶ Bien se infiere de aqui, que Noguerol escriuiò como Abogado, deseando esforçar la justicia de su parte, trayendo las autoridades, ad libitum, porque el lugar de Mascardo contiene dos circunstancias para que pueda resultar alguna presuncion, videlicêt, que la presentacion del instrumento fuesse extra tempus, deuiendo precisamente presentarse antes, y assimismo q̃ en otros muchos instrumentos no se hazia mencion de aquel, en este sentir hablan todos los Autores; no empero segregando la proposicion, como quiso Noguerol, afirmando,

mando, que solo por el silencio de vn instrumento se huuiesse de inferir sospecha de falsedad.

162 ¶ Y finalmente Noguerol, y todos los demas Autores que el refiere, y el texto mismo hablan en juyzios ciuiles, en que se contenta el derecho, y los Autores con este genero de prouanças, aliud enim omnes dixissent, si fuessen consultados en vn negocio criminal, y tan graue.

NONO, Y VLTIMO FVNDAMENTO.

Suponese en el, que los testadores mostraron su desafecto a Andres del Castillo, no mandandole cosa alguna en sus testamentos, si no solamente dexandolo por albacea, y que a otros parientes les dexaron legados.

163 ¶ La razon deste fundamento (si nostra nos non fallit opinio) es la que mas convence la pretension del Convento, por dos medios. El primero, porque segun las deposiciones de muchos testigos, memor. fol. 12. B. y fol. 13.

164 ¶ El Geronimo Gutierrez, donante, queria entrañablemente al Andres del Castillo, y confessaua, como era cierto, que en vna ocasion de disgusto, en que el, y otro pariente suyo auian padecido por vna muerte, los auia socorrido con letra abierta, y tambien auia ajustado el apartamiento, y en otros muchos negocios lo auia ayudado, y esta confession la hazia repetidas vezes; y el que confiessa el beneficio parece que precisamente quiere pagarlo, iuxta illud Cicer. *pro C. Plantio*, vers. *Respondebo tibi*, Senec. *de benefic. lib. 3. cap. 12.*

165 ¶ Sed quid egemus testibus, si el mismo Geronimo Gutierrez està manifestando en su testamento el amor, afecto, y suma confiança que hizo del Andres del Castillo, pues lo nombrò por albacea, acto que solamente se fia del mayor amigo, vti præsupponunt iura *in l. nulli, C. de Episcop. & Cleric. & in Auth. hoc amplius, C. de fideicommiss.* & DD. varijs in locis quorum meminit Spino *in specul. glos. 28*. Carp. *de executorib. cap. 1.*

166 ¶ Siquidem, el testamento es vn genero de pacto, ò concierto que el testador, y albacea hazen, aquel dispone, y este luego que aceta se obliga a cumplir, liceat enim verba Diu. Hieronym. *supr. Psalm. 77.* vsurpare. *Rectè testamentum appellatur pactum, quia in eo voluntas, atque testatio eorum, qui pactum ineunt continetur.*

167 ¶ La obligacion de los albaceas, y el termino legal que el derecho, y leyes destos Reynos les conceden para cumplirlas, lato calamo explican Spin. & Carp. vbi supra, extensiua, y practicamente, En quatro partes la diuidimos. La primera, gratia sepulturæ. La segunda, beneficium orationis, & oblationis. La tercera, vt ipsorum posteri, & relicti orfani defendantur, & consolatione erigantur. La quarta, vt illorum fama defendatur, & eorum nomen pro meritis honoretur.

168 ¶ Quien se persuadirâ a que cosas tan importantes, como son, sepultura del cuerpo, honras del Alma, defensa de hijos, conservacion de honra, en quien no puede sepultarse, honrarse, executar medios de su salvacion, defender sus hijos, ni conservar su memoria, se fien de quien no se tenga suma confiança, y indecible amor,

Opti-

169 ¶ Optimè Diuus Ambros. supra Iob. *c.1. Magnum quidem opus, nā si viuentes operire nudos, lex præcipit, quāto magis debemus operire defunctos? Si viantes ad longiora deducere solemus, quanto magis in illam æternam domum profectos, vnde iam non reuertentur? Nihil hoc officio præstantius ei conferre, qui tibi iam non possit reddere. Ferè hāc humanitatem defunctis corporibus, detulisse produntur, homines denegabūt?* elegāter etiā Diu. August. *lib. 1. de ciuit. Dei, c. 13.*

170 ¶ Solo por este exercicio de la primera parte de esta diuision fueron tenidos en grande veneracion, apud *Ægypcios*, los que en el se ocupauan, teste Diodoro Siculo *lib. 2.* A Alexandro celebrò Quinto Curt. *lib. 5.* por otro caso bien particular; otro refiere Ienofonte, y nosotros pudieramos traer muchos a la memoria, ex Plin. Laertio, Alexand. y Stobæo.

171 ¶ La segunda, se comprueua con el sucesso de los Machabeos *2. Machab. 12. Et facta collatione, &c.* & ex eo Iob. *4. vers. 18. Panem tuum, & vinum tuum super sepulturam iusti constitue,* & ex Diu. Augustin. *lib. 9. confes. cap. vltimo,* Mirificè Iustinianus super Tobiam.

172 ¶ La tercera, y quarta, scilicèt: *Vt defunctorum posteri, & relicti orfani defendantur, & illorum fama defendatur, eorumque nomen pro meritis honoretur satis comprobatur,* ex Diu. Hieronym. *tom. 1. epistol. 3.* Diuus Greg. Nazianzen. *in oratione pro fratre Zæsareo,* Diuus Ambros. *tom. 3. de obitu Valentiniani,* incipit: *Et si incrementum doloris sit id, &c.* Et est etiam notatu digna oratio Marc. Tull. Cicer. pro sexto Roz. Amerin.

173 ¶ Obligaciones tan estrechas, y en que tanto se auentura, no se encargan menos que a vn verdadero amigo, de quien se tiene segura, y entera confiança, vt benè Cicer. *in eadem oratione pro sexto Roc. Amerin. Nam, neque mandat quisquam ferè, nisi amico, neque credit, nisi ei, quem fidelem esse putat,* & magis in terminis Thusculunar. quęstion. ibi: *De qua Socrates quidem quid senserit, apparet in eo libro, in quo moritur: de quo iam tam multa diximus. Cum enim de immortalitate animorum disputauisset, & iam moriendi tempus vrgeret, rogatus a Critone quemadmodum sepeliri vellet, multam verò, inquit, operam, amici, frustra consumsi: Critoni enim nostro non persuasi, me hinc auolaturum, neque quicquam mei relicturum verumtamen crito, si me assequi poteris, aut sicubi nactus eris: vt tibi videbitur, sepelito, &c.*

174 ¶ En menos, y mas elegantes palabras explicò el Tacito esta obligacion, y confiança, *lib. 2. Annal.* ex ore Germanici, ibi: *Non hoc præcipuum amicorum munus est, prosequi defunctum ignauo quæstu, sed quæ voluerit meminisse, quæ mandauerit exequi.*

175 ¶ Todo esto, y lo demas concerniente al cumplimiento de su testamento fiò Geronimo Gutierrez de Valderrama de Andres del Castillo, y siendo la suma importancia de las cosas el testamēto; y siendo vn espejo de las acciones humanas, afectos, y desafectos, como dixo Plin. *epistol. 18. lib. 8.* relatus à doctissimo *Æneas* Robert. *lib. 1. rer. quotidianarum, cap. 3.* p o Męu. Sacerd. y auiendo tantas preuenciones en el derecho para que se cumpla, quiere el Conuento que esto se fiasse de hombre a quien no se amasse, estimasse, y de quien no se confiasse mucho; esto ya se vè quan insustancial es.

176 ¶ Institucion de herederos, donaciones, fideicomissos, man-

das, legados, y tutelas arguyen honor, y cariño, *l. Aquilius Regulus, ff. de donation. l. 9. ff. pro soc. l. 2. §. 45 ff de origin. iur.* Todo esto es renunciable; todo esto puede remitirse; lo estimable en la amistad; lo generoso en la mas segura correspondencia, y afecto, es la confiança al tiempo de la muerte; el nombramiento de albacea, la memoria; esto es lo que deseaua Augusto, vti benê Sueton. in eius vita, *cap. de recept. & cult. amicit. eius*, ibi: *Nam quamuis minimè appeteret hæreditates: vt qui numquam ex ignoti testamēto capere quidquam substinuerit amicorum tamen supre na iudicia morosissime pensitauit, neque dolore dissimulato, si partius, aut citra honorem verborum, neque gaudio, si grate pieque eius se prosequutus fuisset*, hactenus Sueton. vbi etiam mirabiliter Philippo Beroaldi videndus.

177 ¶ Cæterùm, que si el Convento quiere que esta accion no arguya amistad grande, por lo menos no puede negar arguye excelsiua confiança, y nos ha de cōfessar vna de dos, ô que Geromino Gutierrez tuuo entrañable amor a Andres del Castillo, ex anteà dictis, ò que lo juzgô por hombre de vida inculpable, optimê Diuus Augustin. *Committe animam tuam non ei, qui diligit animam tuam, sed ei qui diligit animam suam*, y para exclusion del Convento qualquiera estremo nos basta.

178 ¶ Ex hoc infertur, que este fundamento, vt diximus, se retuerce contra el Convento, pues no ha prouado el desafecto que quiso alegar, pues este no se presume, y pues nosotros hemos prouado, y discurrido, amor, obligaciones, y parentesco, todos ellos, y la carga de dozientas Missas, y a la agregacion el vinculo de los ascendientes, motiuos precisos para donacion mas considerable.

179 ¶ Estos son los discursos imaginarios, que con nombre de fundamentos se proponen, el fundamento es norma, y dechado de la grandeza de la obra, como dixo la *l. 12. §. 2. (. de ædif. priuat.* estos se han de considerar para que se conozca quan sobre fallo và esta, *quirites ne mediocrem rem actam arbitremini fundamenta iacta sunt reliquarum actionum*, dezia Cicer. *Philippic. 4.* V. S. los examine, y hallarà, que ellos, y todos los demas fueron hijos del odio mas que de la razon legal.

180 ¶ Que la doña Ana del Castillo fuesse tia del dicho Andres del Castillo, hermana de su padre no se duda, ni menos que el fuesse posseedor de vn vinculo fundado por los ascendientes comunes, con que en ambos donantes damos causas naturales, y legitimas para la donacion, en aquel los beneficios recebidos, mayores que los de la *l. Aquilius regulus ff. de donation.* en esta los vinculos de la sangre, y el querer aumentar el hecho por sus ascendientes, agregando el oficio.

181 ¶ Empeñados en este discurso nos es precisso en el ajustarnos de cuentas con el Convento, y preguntarle, que razon, causa, ô motiuo de prelacion representa para su donacion testamentaria, queriendo destruyr por ella, y suponer que fue nula esta en que nos fundamos, para la qual damos estrechos lazos de amistad, parentesco, y conservacion de memoria? Por ventura el Convento ha prouado, ô insinuado que los donantes le tuuiessen alguna obligaciō, afecto particular, hijo, ô pariente en el Convento, que pudiera motiuarle? En

este

este pleyto ay mas que auerse el Padre Zayas encerrado con esta muger, y ordenar con el Acifcos de Cota este testamẽto, mirando aquel por las conveniencias d su Convento, y este por las suyas? Pues si no ay otra cosa, ad quid, tanto numero de fundamentos, motiuos, y vcios?

MOTIVOS.

182 ¶ Nombre de fundamentos tienen las imaginarias antecedentes, y los que aun se siguen se llaman motiuos, desde el primero, hasta el sexto se discurre, en que esta donacion es hecha entre marido, y muger, resistida por derecho, y que esto no era posible, y que, ô el oficio donado era del donante, ô era propio de la donatriz, y que assi no auia de ser reciproca, pues solo podia donar el que fuesse dueño de la cosa donada, que de qualquiera forma que se considere ay implicacion notoria; y finalmente, que no podia auer liquidacion en la escritura de dote quando se disolviesse el matrimonio, &c.

183 ¶ Todos estos discursos tuuieron el origen que hemos referido, no alcançamos que de alguno de ellos se infiera presuncion contra el instrumento.

184 ¶ Andres del Castillo satisfaze con que la donacion solo fue del vsufruto, y renta del oficio para el tiempo de la muerte, que es permitida, y fue hecha por causa de no tener hijos, y donaciones semejantes son permitidas, aunque sean entre marido, y muger.

185 ¶ Conclusion constante en derecho, omissa disputatione, vt videri potest, ex latê traditis ab Anton. Gom. *cap. 4. de donation. à num. 23.* & à Thusc. Dueñ. Tiraq. Mantic. Farinac. Petr. Greg. Cancer. Ossuald. Thomas Sanch. Dom. Castill. Barbos. & etiam alter Barbos. & pręcip. Thom. Sanch. & alijs quam plurimis relati, & sequuti ab Ayll. ad Ant. Gom. *dict. cap. 4. de donation. num. 24.*

186 ¶ Y siendo de vsufructo conferido al tiempo, despues de la muerte, no es disputable, si huuo entrega, ò no; ademas, que por la clausula de constituto, ex nunc, & tunc, cessan qualesquiera dudas, ex traditis lato Sermone, & calamo in terminis ab Anton. Amat. *resolut. 26.* & à Capic. Latr. *consult. 16. tit. 1. à num. 20. vsque ad fin.*

187 ¶ Y assi no se puede dudar, si auiendo dispuesto deste oficio en el testamento de la dicha doña Ana quedaria reuocada la donacion, porque ademas, de que en su otorgamiento huuo lo que dexamos ponderado, el pleyto no es sobre esto, y quando lo fuera, tacita, ni expressamente pudo alterarse siendo irreuocable, y perfecta, *ex l. perfecta donatio*, cum volgatis, & ex traditis more solito à Dom. Castill. *de vsufruct. cap. 39. num. 41.* ibi: *Quod certum est, & manifestè comprobatur ex eo, quod donatio perfecta, & irreuocabilis impedit testamenti factionem super bonis donatis.* Et statim: *Et sicut expresse reuocari non potest, sic neque tacite per alienationem, aut aliam dispositionem in contrarium factam.*

188 ¶ Cæterùm, que para inferir motiuo de falsedad contra este instrumento, flocci pendet todo el discurso, porque aqui solo se ha de ver el instru-

mentō, el credito del escriuano, el afecto de los donantes, los vinculos con el donatario; pero pesar dudas de derecho contra vn instrumento, es cosa insustancial, optimè Æneus Robert. *lib. 1. rer. iudicatar. Quod autem hæredes solas taciti fideicommissi suspiciones allegant, id, quia nulla probationum fide fit.*

189 ¶ Los donantes consultaron vn Abogado grande, con su asistencia, y parecer resolvieron la materia, no fiandolo solo de vna resolucion verbal, sino reduzida a vna cedula, como luego discurriremos, con que no es materia disputable.

190 ¶ Respondese tambien por Andres del Castillo, que aunque el oficio de escriuano lo comprò el Geronimo Gutierrez, fue con dinero de su muger, y se manifiesta por la clausula de su testamento, en que declara, que todos los bienes son de la susodicha, y que como sonaua ser el oficio del marido, por auerlo el comprado, hizo la donacion de vsufruto, y respecto de que se auia cōprado con el dinero de su muger hizo donacion al dicho su marido.

191 ¶ Para excluyr esta implicaciō q̄ se quiere afectar, hemos de presuponer lo que por los autos consta, y dar de varato a la parte del Convento lo que quiere, id est, que el dinero con que se comprò el oficio fuesse de la doña Ana; que esta tuuiesse, ò no el dominio verdadero, ô ficto, ô la esperança de conseguir su dote deste oficio, seasse como se quisiere.

192 ¶ Lo cierto en la disposicion de derecho es, que si el marido compra algun fundo, ò propiedad con el dinero de la muger, el marido adquiere el dominio, *l. ex pecunia, C. de iur. dotium. Ex pecunia dotali fundus à marito comparatus non tibi quæritur, cum neque maritus vxori actionem empti possit adquirere, at dotis tantum actio tibi competit*, ex Tiraquel. Negusant. Cujac. Peregrin. Anton. Gom. Rebuff. Mantic. Mastrill & alijs tenet Barbos. *collect. in lib. 5. C. tit. 12. l. ex pecunia 12.* Noguer. *allegat. 7. ex num. 27.*

193 ¶ La controversia es, si la compra se hizo, ex pecunia dotali de consensu vxoris, si dominium vxori adquiritur, en la qual, duo copulatiua requiruntur, scilicèt, quod mulier consentiat, & præterea, quod ea subrogatio sit vtilis vxori. Con estas distinciones tienen concordancia la *l. ex pecunia 12. C. de iur. dot.* y la *l. res qua, ff. eodem*, y la *l. si cum dotem, §. fin. ff. solut. matrim.*

194 ¶ El marido, si la dote fue estimada con estimacion que hiziesse venta, adquiriò el dominio, y quedò obligado a la cantidad, vulgaria iura *in l. æstimatis, ff. solut. matrim. l. quoties, C. de iur. dot.*

195 ¶ La muger tiene tacita hipoteca con los preuilegios conocidos por derecho, para que se le restituya su dote, *l. asiduis, C. qui potior. l. vnica, C. de rei vxor. act. cum vulgatis.*

196 ¶ Iunte aora la parte del Convento todos estos cabos, y hallarà la causa, y razon que mouiò al Abogado consultado, y a los donantes a hazer esta escritura, como la hizieron, y verà que no ay repugnancia, sino es vn sentir juridico, y vna consonancia legitima; Geronimo Gutierrez viò que el oficio era suyo, mediante auerlo comprado; dudò empero, si al tiempo de su muerte tendria con que satisfazer la dote, *sæpè enim de facultatibus suis, plusquam in his est sperant homines.*

197 ¶ Doña Ana del Castillo conociò que este oficio se auia comprado

do con su dinero; su marido, tunc temporis, nò se hallauà con otros bienes de que satisfazerle su dote; ambos, ex mutuo amore, desearon acomodar al que sobreuiuiesse, ex vinculo sanguinis memoriæ conseruacione, & amicitia, quisieron ambos mirar por su alma, por Andres del Castillo, y por el aumento del vinculo; esto es lo que pensaron, y lo que se executò.

MOTIVO SEXTO.

198 ¶ Continuando el discurso antecedente se haze gran ponderaciō de la clausula que se halla en la donacion de irreuocabilidad, y se dizen estas palabras, memor. fol. 15. Y lo que mas es, la clausula que tiene que no se pudiesse reuocar por testamento, ni otra disposicion alguna, y que por el mismo caso que se reuocasse quedasse con mayor firmeça, que estas clausulas son inusitadas, que arguyen la falsedad.

199 ¶ Esta propuesta de clausulas insolitas, y que de ellas se arguye la presuncion de falsedad, se podrà fundar, ex traditis à Sesse *decis. 118. num. 17. littera T.* & à Barbos. *vot. 68.* & etiam ex authoritatibus à nobis relatis.

200 ¶ Pero es tan incierto el supuesto para que ellas corran, y tan cōtrario al verdadero estilo, y disposicion de derecho, que la clausula mas ordinaria, y practicada en donaciones semejantes, cuya execucion se confiere, post mortem alicuius, y se quiere vestir de clausulas de irreuocabilidad, es esta, de qua agitur, y formando Siguēça en los mismos terminos la clausula en el cap. 25. a quien pone este titulo, *cap. 25. adonde se refiere, que clausulas sean necessarias para que las donaciones que se otorgan por causa, y temor de muerte, queden perfectas, y irreuocables*; dize assi.

201 ¶ *La qual donacion me obligo, y prometo de no la reuocar en testamento, ni en codicilo, ni por escritura publica, ni en otra manera alguna, tacita, ni expressamente, aunque suceda qualquiera de las causas por que se puede reuocar. Y para mayor firmeça, juro a Dios Nuestro Señor, y a su Santissima Cruz, de no yr, ni contravenir, ni dezir cōtra esta dicha donacion, por dezir fue otorgada en testamento por temor, y causa de muerte, ni que fui engañado, leso, ò damnificado, y que si la reuocare, no valga la tal reuocacion, antes quiero, que por el mismo hecho quede valida, y perfecta, y irreuocable, bien assi, como si fuesse otorgada entre viuos.*

202 ¶ Y esta conclusion que se infiere de la clausula referida, probatur ex principijs iuris, *l. vbi ita donatur, l. si alienam, §. Marcelus in fine, l. Senatus, §. mortis causa, ff. de mort. caus. donat.* Anton. Gom. *2. tom. variar. cap. 4. num. 22.* & ibidem Ayllon *num. 23.* ex Iul. Clar. Menoch. Pereyr. Thusc. Mantic. Angul. Matienç. Barbos. & ex vtroque Molina.

203 ¶ Pero quando huuiesse medio para dudar de si esta clausula es insolita, lo primero que se ha de presuponer es, que *clausula insolita solum illa dicitur, quæ contra naturam contractus est, vel contra stillum, vel consuetudinem*, vt exemplificat Menoch. *cons. 1 num. 341. & cons. 422. num. 114.* Moneta *de commutat. vltim. volunt. cap. 7. num. 71.*

204 ¶ Aqui hasta aora por el Cōvento no se ha prouado que esta clau-

 sula

sula sea insolita, ella por si no se presume, con que no era necessario otra desensa quando le incumbe la carga. Farinac. *quæst. 142. num. 160.* Mascard. *conclus. 299. num. 1.*

205 ¶ Y este genero de prouança se auia de verificar, *ex inspectione multorum instrumentorum*, quia aliàs non dicitur probata, vt benè fundat Mascard. *dict. conclus. 299. num. 2.* Y hasta aora todo falta, porque el Convento solo lo prueua con dezirlo, sin mas fundamento, y apoyo.

206 ¶ Cæterùm, que vtcumque consideretur, aun quando se hallara clausula insolita contra derecho, ò estilo, ò como se quisiere considerar, toda via no se podia inferir sospecha, *quia non præsumitur de voluntate partium apposita, sed potiùs à Notario, vel tabellione*, vt tradit Barb. *de claus. vsu frequent. clausul. 73. ex num. 6. vsque ad finem*, id omne latè comprobans.

MOTIVO SEPTIMO, Y OCTAVO.

207 ¶ Porque el escriuano acetò la escritura, y no el Andres del Castillo, se quiere inferir otro motiuo, el qual contiene igual desestimacion, porque ademas de que los donantes caminaron con el animo que queda expressado, de que la donacion no se publicasse, no ay cosa mas ordinaria en semejantes contratos que la acetacion del escriuano.

208 ¶ Y esta basta, y de ella no se puede inferir sospecha de falsedad, por ser corriente en estilo, y derecho, *glos. ordinaria, in l. 2. verbo, publicum, ff. rem pupilli salvam fore*, & ibidem Bartol. *num. 3.* Alexand. *in additionib. ad illum glos. in l. non aliter*, verbo, *servo publico, ff. de adoptionib.* Paris. *cons. 82. num. 1. & 2.* Neuizan. *cons. 35. num. 22.* Roland. à Vall. *cons. 19. nu. 17.* Dom. Valenç. *cons. 63. num. 24.* Hector Capic. Latr. *consultation. 85. num. 27.* Dom. Molin. *de primogenijs, lib. 4. cap. 2. num. 67.*

209 ¶ El motiuo octauo no se percibe, ni tiene sustancia, y quando del pueda inferirse alguna cosa, queda satisfecha en las respuestas antecedentes con que non immoramur.

MOTIVO IX. HASTA EL XIII.

210 ¶ En todos estos se discurre cõtra la cedula, ò memoria que precedió a la escritura con varias fantasias, diziendo, que no es creyble que el Roque Ramirez la hiziesse, Pedro Iunquito, y Geronimo Gutierrez de Valderrama la firmassen, siendo todos tres escriuanos publicos, y hallandose la cedula en papel comun, sugetandose a las penas de la ley del papel sellado, quando pudieran librarse con el gasto de diez marauedis, que fue superfluydad, pues sonando la cedula lo mismo que la escritura, para que era aquella; y que en la relacion de vna, y otra ay contrariedad en quanto a la esperança de tener hijos los donantes; y finalmente, que la escritura es nula por los vicios del relato que se incluyen en el referente.

211 ¶ En todas estas ideas se dizen estas palabras en el motiuo treze. *Y aunque esto mira a la justicia en lo ciuil, tambien califica la falsedad*, verba no-

tatu digna, pues afiançan lo que discurriamos en lo peculiar de el juyzio.

212 ¶ Intentaràse esforçar este motiuo con lo que dixo Noguerol en la *allegat.26*. referida num. 129. *Quinta conjectura resultat, ex nimia cautela dicta schedula, & actuum multiplicitate, nam in ea dicitur, quod de ea fiat scriptura publica, quæ non est facta, & quod si confici instrumentum non posset, vim scriptura schedula haberet, ex hac enim multiplicitate actuum, resultat præsumptio falsitatis.* Hactenus Noguerol, tradens in comprobationem Menoch. Farin. & Genua.

213 ¶ Esta autoridad de Noguerol serà posible que se trayga, pero no parece que lo serà que sirva al intento contrario, por dos razones.

214 ¶ La primera, porque todo el supuesto con que Noguerol escriue falta en este pleyto; siquidem, alli huuo cedula, que cautelosamente pudo preuenir, que se auia de otorgar el instrumento, el qual no se otorgò; aqui huuo cedula, y instrumento en su execucion, con vnas mismas palabras, y vna voluntad misma, con que cessa la ilacion que se puede sacar del sentir deste Autor.

215 ¶ La segunda, porque dezir Noguerol (aunque no se percibe distintamente) que de la multiplicidad de actos resulta sospecha de falsedad, es error manifiesto, porque antes de la multiplicidad se infiere mayor comprouacion, y firmeça, y se excluye la falsedad, vt benè dixit Farinac. *decis. 665. num. 5. Imò, non solum non constat de falsitate, sed de veritate dicta donationis, ex mandato procura D. Rodulph. facto ad plura in Ant. Falsitas enim cessat quando veritas ex alio instrumento apparet, Butr. in cap. ex litteris, nu. 8. vers. Vnde oportet, & ibi Abbas nu. 4. vers. Secundo adduco, de fid. instrum. Natta cons. 132. in princip.*

216 ¶ Id etiam præsupponunt, quam plurimi Authores relati, & sequuti à Menoch. *lib. 5. de præsumpt. præsumpt. 20. num. 5.* & ab Almont. Ziacio *disceptat. Forens. criminal. discept. 24. num. 136.*

217 ¶ Y las autoridades que cita Noguerol no dizen, ni pudieran, que de la multiplicidad de instrumentos se puede induzir sospecha de falsedad, lo que expressamente dizen es, que si se hallaren muchos instrumentos, que contuuieran entre si variedad, diferencia, ò repugnancia, taliter, que se contrariassen, pudiera resultar sospecha de falsedad. Este es el sentir de Menochio, Farinacio, y Genua, vt videre est apud eosdem, y mejor apud Grammaticum *cons. criminal. 24. à num. 5.*

218 ¶ Con este supuesto entra aora dar la razõ porq̃ se hizo esta cedula, y instrumento, la qual est in promptu, atendiendo, à que, como de los autos consta, los contrayentes, y escriuano consultaron à don Antonio de Nauarrete, Abogado de aquella ciudad, la formalidad que auia de tener esta escritura, y el parecer que resolviò lo reduxeron à la cedula que todos firmaron, para hazer despues la escritura con mas seguro acierto, y este estilo, y formalidad, no solo no es contrario, si no vsado, y permitido, vt ex Bald. *in l. nostram, num. 3. C. de testam.* & alijs tradit Menoch. *de arbitrar. lib. 2. Centur. 2. casu 187. à num. 1. & cons. 48. num. 6.* & ex Tusch. Farinac. & alijs Parej. *de instrument. edit. tit. 1. resolut. 3. §. 1.*

219 ¶ Y no solo fue superfluydad, ni delito en el escriuano el guar-

dar

dar la dicha cedula, y ponerla con el protocolo, y escritura, si no que, aunque las partes huuieran resucito el no otorgar la donacion, no pudiera romperla, ni lacerarla, ita ex Bart. Alex. Mandel. de Alb. & Farinac. docet ipsemet Pareja *vbi supra num. 55.*

220 ¶ Y quando esta cedula solo se hizo para instruccion, memoria, y seguridad del instrumento que se auia de otorgar, reduziendolo a la solemnidad del protocolo, y papel sellado, no se puede, ni deue hazer consistencia en su formalidad, pues della, ni se saca duracion, ni perseverancia, ad text. *in l. hi qui solidum, ff. ad Trebell. l. qui sic, ff. de solutionib. l. non videntur, in princip. de regul. iur.* & ad tradita per ipsum met Pareja *tit. 2. resolut. 6. specie 4. à nu. 326.*

221 ¶ Ex hucusque dictis, se infiere, que todos estos motiuos se retuercen contra el Convento, y su pretension, y mas seguramente excluyen la falsedad, pues si esta se huuiera cometido, ad quid, dos instrumentos con seys firmas, quando bastaua la escritura; ad quid, consulta de Abogado, y demas circunstancias. Tan facil es suponer dos instrumentos, y contrahazer seys firmas? En resolucion, todo quanto se discurre es insustancial, y afectado.

222 ¶ El dezir, que la cedula es nula, y consiguientemente el instrumento, por auerse referido a ella con las doctrinas de referente, y relato, vulgares, no es menos imaginario, porque aqui en manera alguna se trata del valor de la cedula, ni milita la razon de la *l. 34. tit. 25. lib. 4. Recopilat.* ni la controuersia que mueuen Pareja *tit. 1. resolut. 3. §. 1. à num. 35. & §. 2. num. 76.* & doctissimus D. Alphons. de Olea *tit. 8. quæst. 3.* ni menos nos valemos della, si no solamente para mayor comprouacion del instrumento, ni este recibe fuerça de la cedula, ni se refiere a ella, pues en el se haze especifica, y clara relacion de lo que se otorga; con que no se puede traer a consequencia, ni milita la razon del texto vulgar, *Auth. si quis in aliquo document. C. de edendo.* Con que no es de reparo todo quanto en esto se discurre.

223 ¶ La implicacion que se quiere dar entre la cedula, y escritura en el motiuo doze, acerca de los hijos que esperauan tener los donantes, es afectada, porque la escritura, y cedula contienen vna misma relacion, y el motiuo que huuo en la vna, huuo en la otra, porque lo que en ambos se dize es, que los donantes auian comunicado muchos dias auia vincular, y donar el oficio de escriuano; y el no auerlo hecho auia sido esperando si Dios les daua hijos, y respecto de no auerlos tenido, se resolvieron a hazer el vinculo. Estas son las palabras de la cedula.

224 ¶ Y las mismas, adamussim, son las del instrumento, refiriendose a la cedula que aquel mismo dia auian hecho; y querer desmembrar estas palabras, ponderando, que esperaron poco los donantes a tener hijos, refiriendose el tiempo que passò entre la cedula, y el instrumento, no merece satisfacion ni respuesta.

MOTIVO CATORZE.

225 ¶ Aun no se librò el escriuano que otorgò la escritura del furor de don Iuan Adan, y assi en este motiuo se quiere afectar, que era poco inteligente. Pocas diligencias se deuen de hazer en el sentir deste Abogado para examinar

minar escriuanos. La presuncion juridica es, que cada vno sabe su oficio, iuxta illud vulgare; turpe est nobili viro, & Patricio officium, in quo versatur ignorare; pero segun dizen los mismos testigos del Convento, no deuia de ser muy ignorante este escriuano, pues lo suponen inclinado a las buenas letras, y deseaua salir de escriuano. Deuiasse de acordar de la doctrina de el señor Amaya, y de la epistola de Casiodoro, que ponderan los riesgos que tiene este oficio.

226 ¶ En la sustancia del caso bien se reconoce quan poco importava esto, pues en la escritura solo se copiò, y trasladò la memoria, y cedula que cō acuerdo del Abogado se auia hecho. Estos son los motiuos; y a se vê el cuerpo que tienen, y quan indignos son de estimacion, y aprecio.

VICIOS QVE SE PONDERAN CONTRA EL instrumento, y protocolo.

227 ¶ El primero es dezir, que todo el protocolo, y en especial el quaderno donde se hallò la escritura, es falso (notable arrojo.) La razon que se dà es dezir, que no està autorizado, porque no està signado, y que de quarenta y vna escrituras que en el ay, las veynte y ocho estàn sin firmas.

228 ¶ La relacion de que el protocolo no està firmado, y faltan las firmas que se refieren, es cierta, y tambien lo es, que la escritura de donacion de este pleyto està inclusa en el protocolo, con las firmas del otorgante, testigo, y escriuano, en conformidad de la *l.13.tit.25.lib.4.Recopil*

229 ¶ El dezir, que todo el protocolo, ò a lo menos el quaderno, es falso, y a se vè que es fuerça de passion. Los dos particulares que es menester ajustar, es, examinar, si porque falten firmas en otras escrituras, y porque el protocolo no estê signado, podrà resultar presuncion contra este instrumento.

230 ¶ El protocolo se mandò hazer (omissa iuris communis dispositione) por la razon que diò la ley de Partida, *quæ est 9.tit.19.part.3* ibi: *E por esso la mandamos escriuir en el registro, porque si la carta se perdiere, ò viniere alguna duda sobre ella, que se pueda prouar mejor por alli*, cui consonat *l.12.tit.25.lib.4. Recopil.*

231 ¶ Examinada esta escritura, y su original con el protocolo, se hallan conformes, sin disonancia, ni escrupulo alguno; con que las dudas que se quisieron afectar quedaron convencidas.

232 ¶ Que el protocolo no estê signado, no se puede negar que es defecto, porque la *l.12.del tit, 25.del lib.4.* quiere, que el escriuano en fin de cada vn año signe el registro que en el huuiere hecho: *Y mandamos* (præcipit lex) *que tengan en buen recaudo los dichos registros, cosidos conforme a la ley siguiente. Y que sean obligados en fin de cada vn año de signar los registros que huuieren hecho en aquel año, lo qual hagan, y cumplan so pena de diez mil marauedis para nuestra Camara, y suspension del oficio por vn año.*

233 ¶ Que este defecto pueda ser presuncion de falsedad, ò inferir del circunstancia que lo anule, minimè est dicendum, porque partes, testigos, y escriuano todos concurrieron en el acto, y este se perficionò, tunc temporis, sin que le faltasse cosa alguna. Y aunque el escriuano se pudiera comprehender en

la pena de la ley, nò por esto peligrarà la fee del instrumento, ita ex Bald. magistraliter resolvit, & docuit Dom. Gregor. Lopez *in dict. l. 9. tit. 19. part. 3. glos. 1.* ibi: *Et licèt puniendus esset tabellio, vt transgressor legis, non tamen periclitaretur, ex hoc fides instrumenti.*

234 ¶ En que pecaron los otorgantes, si buscaron vn escriuano fiel, y legal, de que no se duda, y ante el otorgaron su instrumento perfectamente, porque despues no se signasse el instrumento? *Quid enim peccauit, qui inuestituram accepit, si illi, quos eo tempore, vtpotè idoneos adhibuit, posteà paresesse desierunt*, verba sunt finalia *in tit. 19. feudor. an remou. deb. test. qui par. esse desier.*

235 ¶ La *l. 12.* referida solo impone por esta omission, y defecto del signo diez mil marauedis de pena, y suspension de oficio por vn año, no passò en manera alguna a anular el acto, y assi corre la resolucion del Senado, apud Gratian. *decis. 168. num. fin.* ibi: *Respondetur prædicta habere locum, quoad pœnam, quam incurrit Notarius cōtra faciens, prout legitur in statuto, non quoad nullitatem actus, cum statuentes vlterius, non processerint illum annullando, quo casu diceretur, data forma, à qua non esset recedendum, & tùnc actus aliter factus haberetur pro nullo, alias secus.*

236 ¶ Ni se podrá hazer argumento de la *l. 13. dict. tit. 25 lib. 4.* que es la siguiente, quia loquitur in dissimili casu, siquidem, lo que alli se trata es de las circunstancias, y formalidades que han de observar los escriuanos en el recebir los otorgamientos de las escrituras, y como han de dar los traslados, que faltando qualquiera dellos quiere, que aquella que se saca por original tenga el vicio de nulidad, y que el escriuano pierda el oficio, y sea inhabil para auer otro, y sea obligado a pagar a la parte el interesse.

237 ¶ La diferencia que ay entre las dos leyes, manifestè patet, porque en las formalidades de la *l. 13.* està embebida intrinseca, y virtualmente toda la sustancia del contrato; la voluntad de las partes; el animo que tuuieron de obligarse; y las causas finales, y impulsiuas de su otorgamiento; y faltandose a qualquiera de estas, per consequens, quedauan obligados à lo que no querian obligarse, y assi escrupulizò la ley con extension tan dilatada estos requisitos, porque como dixo la otra, *quæ est 16. tit. 5. lib. 2. Recopilat. Como quier que cada vno se quiera obligar, quede obligado.* Y assi, faltandose a esto, se falta al acto, con que justamente se anula.

238 ¶ At verò, vna vez perfecto, con todas las circunstancias de que necessitò, nihil restat, para su validacion, y firmeça. Y la otra solemnidad es extrinseca, que no dà, ni quita fuerça al instrumento, sino solamente encarga el cuydado al escriuano. Fuera proposicion sustentable en derecho, ni leyes de el Reyno, que porque vn escriuano, morte præventus, dexara de signar vn registro, se anularan las escrituras comprehendidas en el? Esto ya se vè que no es tolerable.

239 ¶ Et sic concludimus, en este particular con el sentir de Pareja en el *tit. 1. resolut. 3. §. 1. num. 60.* que la nulidad de la escritura solo se entiende quando faltan los requisitos de la *l. 13.* no empero, por el defecto del signo en el protocolo, vt benè fundat ex Gratian. nuper à nobis relato, & ex quā plurimis.

El

240 ¶ El defecto de que falten firmas en otras escrituras es de igual desestimacion, porque hallandose esta escritura perfecta, como deziamos, no ay razon, ni sospecha contra ella, ni se la pueden influyr qualesquiera que se hallen en otras, por ser cada instrumento separado, & in his, quæ separationem, seu diuisionem recipiunt, vtile per inutile non vitiatur, secundum Bart. doctrinam, *in l. grace, § illud commune, num. 3. in fin. ff. de fideiussorib.* Crauet. *consi. 19. super transact. nu. 5. consi. 170.* Tiraquell. *de retract. convent. ad finem tituli, nu. 145.* cum vulgatis Dom. Molin. *de primogen. lib. 1. cap. 11. nu. 28.* Dom. Couarr. *lib. 2. variar. cap. 16. nu. 5.* versi. *Non obstat*, & ibi Faria eius Additionator Do. Castill. *controuers. lib. 1. cap. 7. num. 27. & lib. 5. part. 2. cap. 100. num. 6. & sequentibus.*

241 ¶ Y assi las leyes referidas no hizierō menciō, ni parece q̄ pudieran juridicamente, desta circunstancia, ni la tuuierō, ni preuinierō como vicio, pues no se puede considerar defecto; y de aqui dixo Scaccia *lib. 2. de iudicijs, cap. 11. num. 323. articul. 3.* estas comprehensiuas palabras: *Ad tertium articulum, quem nullus hucusque, quem viderim, excitabit nunquid, scilicet, reperto vitio in vna partita libri, cætera etiam vitientur? Respondeò, distinguendo duo genera defectuum, seu vitiorum. Primum genus est, quando vitium, seu defectus est euidens, puta, quia scriptura caret die, vel expressione causa, vel aliquo alio simili. Et in isto genere defectus concludo, quod liber remanet validus in alijs partitis, in quibus non adest iste defectus. Et ratio est, quia plures partitæ sunt plura capitula separata, & in ijs, quæ separationem, seu diuisionem recipiunt, vtile per inutile non vitiatur.*

242 ¶ El segundo vicio se reduze a que, siendo assi que el dicho oficio de escriuano, por muerte del dicho Roque Ramirez de Leon, se renunciô en Iuan Francisco de la Cruz, y se le entregaron los papeles por inventario, y del consta, que el dicho quaderno, ò protocolo del año de 649. tenia 50. fojas con 18. firmas del escriuano, y por el dicho quaderno se hallan 51. fojas, y solamente 13. firmas, con que faltan 5. Desto quiere sacar suposicion el Convento.

243 ¶ Para dar cuerpo a esta sospecha, ò presuncion es menester suplir, que aya inventario de papeles legitimo, y solemne, hecho con autoridad judicial por personas inteligentes, y que despues de auerse hecho este tal inventario se halle disonancia en lo tocante a esta escritura, y no en otras partes. Todo esto es menester suplir, y todo esto falta. Con que el Convento, haziendo supuesto de la duda contra la *l. Imperatores, ff. de tutel. & ration. distrah.* entra suponiendo, que ay vn inventario legitimo, y que este manifiesta, que ha auido nouedad en el quaderno de el protocolo, quod omne ex sequentibus conuincitur.

244 ¶ Lo primero, porque el que llama inventario el Convento es vn papel simple, que por su parte se presenta, sin que se diga en cuyo poder paraua, ni quien lo exhibe, para que el Convento lo presente, ni si en virtud deste papel se ha obrado en algun tiempo cosa alguna, ni mas prouabilidad, ni certeza, ni como vino a su poder, ni otra circunstancia que lo acredite. Y las palabras de su peticion son estas, fol. 10. *El segundo, que siendo assi, que el dicho oficio de escriuano, por muerte de el dicho Roque Ramirez de Leon, se renunciò en Iuan*

Fran-

Francisco de la Cruz, y se le entregaron los papeles por inventario, que es el que presento, con el juramento necessario, &c.

245 ¶ Bien pudieramos preguntar al Convento, de donde huuo este papel, si naciô de la buena, y sana intencion de don Iuan Adan; quien se lo entregô, ô de donde lo huuo; y que fundamento tuuo para alegar, que por este inventario se le entregaron los papeles al Iuan Francisco de la Cruz, pues es incierto, y contra el hecho verdadero?

246 ¶ Pero apurando lo que el suena, se verá, que solo es vn memorial simple, que refiere, que vn Francisco Clauijo, que dize ser tutor de los menores hijos de Roque Ramirez, escriuano, cuyo oficio se vendiô a Iuan Francisco de la Cruz, haze inventario de los papeles, para que en todo tiempo conste los que son.

247 ¶ Este papel comiença desde el año de 649. y baxando por el año de 648. y los siguientes, hasta el año de 627. y luego sin continuacion dexa todos los años siguientes en el silencio, y buelve a resucitar en el año de 615. y desde aqui prosigue hasta el año de 1610. y no tiene pie, ni fin, ni autoridad de firma alguna.

248 ¶ Aora (señor) reconozcase, que credito merecerá este instrumento, en que tanta fuerça se haze, pues aunque fuera vna escritura publica, no teniendo protocolo, en la mas segura, y recebida opinion, no hiziera fee, vt indubitanter infertur *ex §. illud, Authent. de tabellionibus, l. 9. tit. 19. part. 3. l. 13. tit. 25. lib. 4. Recopilat.* cuius anteà meminimus, & ex varijs authoritatibus tenet Pareja *de instrum. edit. tit. 1. resol. 3. §. 1. n. 17.*

249 ¶ Pues que se dirà de vn papel simple, sin autor, firma, legitimacion, ni otra circunstancia que lo califique? Aurá quien dude quan insustancial es? Quando aun el que se halla con subscripcion, y firma, est nullius momenti, si le falta el reconocimiento? vt ex innumerabilibus iuribus, & authoritatibus breuitatis causa omissis, tenet Dom. Vela *dissertat. 21. cum sequentibus.*

250 ¶ Quiso darsele fuerça con la deposicion de testigos, y aunque el Convento examinò muchos, no solo no prouô su intento, si no antes lo desvaneciò mas en esta presuncion, porque dos de los que depusieron, el vno Miguel Roldan, persona que dize escriuiô este papel, refiere, *que solo se hizo en forma de borrador, para sacarlo luego en limpio.*

251 ¶ El otro Iuan Francisco de la Cruz, que dize, *que quedò con Francisco Clauijo en que se auia de hazer el inventario de papeles, y con efecto se hizo, aunque en papel comun, y sin autoridad de juez, ni escriuano. Y que respeto de que dicho inventario se hizo por vn oficial de la pluma que lo disponia, y ordenaua, sin assistencia del testigo, aurà siete, ò ocho años. NO SABE SI EL DICHO INVENTARIO QVE ENTONCES SE HIZO ES EL MISMO QVE SE LE HA MOSTRADO, Y NO SABE OTRA COSA.*

252 ¶ Esta es la prueua que tiene el inventario, y esta es la mayor prouança que le assiste a Andres de el Castillo, para la verificacion de que no se hizo inventario alguno juridico, pues si se huuiera hecho lo huuieran depuesto

los

los testigos referidos, presentados por parte del Convento, que prueuan contra el plenamente, por ser mayores de toda excepcion, respeto de que se les dà grande fee, y credito, contra producentem, y no es dudable, que si se huuiera hecho el inventario en la conformidad que alega el Convento, lo huuieran declarado, Crauet.*conf.100.num.13.* Farinac. *quæst. 62.num. 237.* Noguer. *allegat.24.num.114. & allegat. 29. num. 80. & 92.* Tondut. *decis. 396. num. 2.* Antonio Thomat, *decis.156.nu.30.* Capicio Latro *consult. 64. nu. 24.* Cyriac. Nigro *controuers.118.num.12.* Dom. Vela *dissert. 28. ex num. 68.* Dom. Valençuela Velazquez *cons.73.num. 8. & cons. 78. num. 42.* nouissimè Themudo *decis. 336. num. 17. tom. 3.*

253 ¶ Y mas en consideracion de que quando tuuiera el inventario todos los requisitos juridicos que le acreditassen, por auerse sacado sin citacion de parte, ni mandamiento de juez, como por los autos se manifiesta, no merece fee, ni credito alguno, DD. *in Auth. si quis in aliquo documento, C. de edend.* Mascard. *de probat. conclus.711.num. 19.* Dom. Paz *de tenut. cap. 26. num.16.* Noguer. *allegat. 25.num. 296.* Pareja *de instrum. edit. tom. 1. tit. 1. resolut. 3. §. 3. num. 120.* vbi ex Gratian. Dom. Salgad. constanter affirmat: *Et citationem, & mandatum iudicis requirit simulatio, vt vnum sine altero nihil proficiat.*

254 ¶ En resolucion, toda esta presuncion, que tanto se exclama, se reduze a vn papel informe, con interpolacion de los años que dexamos referidos, y que no se sabe donde, ni como vino al poder del Convento, que no solo no està firmado, pero ni acabado, ni fenecido, ni en manera alguna autorizado, ni legalizado. Ay vn testigo que dize fue vn borrador, que le auia de corregir, y sacar en limpio. Otro, que no sabe si es este el mismo que se escriuiò. Considerele aora, si puede auer razon juridica que mueua, ni incline a hazer caso de todo lo que en esto se discurre, pues qualquiera sospecha es preciso que en su genero se prueue.

255 ¶ Pero quando toda via quedasse algun escrupulo, reconociendo la disonancia, es tan insustancial, que solo se reduze a que en este inventario (como se quiere llamar) se dize, que este quaderno tiene 50. hojas, hallandose en el 51. y que tiene menos firmas que las que alli se dixeron.

256 ¶ En esta equiuocacion misma se halla que padeciò este borrador (segun las diligencias oy hechas) en otro quaderno del año de 648. donde se puso por de 50. hojas, teniendo 52. y variedad semejante, aun quando faltaran discursos, tan solidos los efectos que produze, y el poco aprecio que se deue hazer della, vti Farinac. *de testib. quæst. 66. à num. 1.*

257 ¶ Sed, quando a pesar de tanta euidencia se insista en este leue reparo, como puede attribuyrse nouedad, ni mudança en este quaderno, quando no consta, que vna hora sola si quiera aya estado en poder de Andres de el Castillo, ni en otra persona de su deuocion, ni confiança? Solo porque esta escritura suene en su fauor se ha de presumir que la fabricò? No, señor, esto no es tolerable, porque aunque constando de la falsedad, de las amenazas, ò del delito cometido por aquel, in cuius vtilitatem cedit, ò que aya jactadose, ò publicadolo. Aqui falta el supuesto, y lo que mas es, falta el tiempo, y la ocasion, requisito sin el qual no es possible que se presuma: argument. text. *in Authent. ad*

 hoc;

hoc, §. ille autem, C. de latina libert. toll. vti ex Mascard. Farinac. Gonçal. Gaʃ tian. & alijs tenet Dom. Larrea *allegat 95. à num. 27. & 28.* & melius ex Gratian. & alijs... *in conʃ. 34. volum. 2. num. 10. in allegat. ſeq. num. 25.*

258 ¶ Pero examinados eſte que ſe quiere llamar inventario con el inventario verdadero, judicial, y ſolemne, hecho por mandado de la juſticia, por perſona legitima, y con citacion de partes, como conſta del memorial, fol. 22. eſtà tan convencido eſte papel ſimple, que no ſe halla quaderno en todos los años de las eſcrituras que no eſtè defectuoſo, ò convencido. Con que no parece materia diſputable, ni es poſsible que ſe puedan adaptar las doctrinas de la *deciſ. 118.* de Seſſe *lit. L. nu. 12.* porque falta el ſupueſto en todo, y por todo.

TERCERO, Y QVARTO VICIO.

259 ¶ El tercero queda ſatisfecho con el antecedente, porque en la narratiua no ſe haze mas que duplicar. El quarto ſe reduze a dezir, que en el protocolo, y quaderno donde eſtà eſta eſcritura ay otra prepoſterada. A que ſe ha reſpondido por parte de Andres del Caſtillo, que eſte es vn deſcuydo ordinario en los eſcriuanos de Cordoua, el alterar, ò prepoſterar en el protocolo las eſcrituras, y para hazer euidente eſta excepcion ſe hizo diligencia judicial con otros protocolos de eſcriuanos, y ſe hallô ſer cierto, memor. fol. 26. B.

260 ¶ Cæterùm, que todos eſtos diſcurſos, y quantos ſe quieran imaginar, vân fundados, como antes deziamos, ſobre vn ſupueſto incierto, pues no ſe hizo mas que diſcurrir por los Autores, que vicios, y preſunciones de falſedad ſe podian poner a vn inſtrumento, y eſtos, y los demas que ſe penſaron vengan, ô no vengan, acomodarlos. Lo qual ſe manifieſta, pues no ay medio alguno, ni aun ſi quiera de prouabilidad.

261 ¶ Pero aun quando ſe pudiera ſacar de aqui alguna preſuncion, recibiendo cada inſtrumento de ſu perfeccion, y contexto, la fuerça, y validacion, aunque ſe conſideraſſen en otros antecedentes, y ſubſequentes, qualquiera defecto en ſu colocacion, ò contextura, no podia dañar, ni influyr, vt iam tetigimus.

262 ¶ Y auiendoſe verificado con euidencia, que eſte deſcuydo, ò coſtumbre, ò poco reparo es ordinario en los eſcriuanos de Cordoua, fuera deſtruyr todos los protocolos, y contratos, ſi ſe eſtimaſſen, y qualquiera diſculpa deſta calidad es baſtante, vt ex innumerabilib. iurib. & authoritatib. comprobat Giurb. *conſ. 72. num. 8.* ibi: *Reſponde primo, culpam in eo non conſiderari, qui iuxta patriæ conſuetudinem procedit, & facit actum, vt fieri eſt ſolitum, neque culpa imputanda eſt facienti, ſi id fieri conſueuit, ſed ex facto prædeceſſorum excuſatur officialis, & conſuetudo ſolius vltimi preceſſoris excuſat.*

263 ¶ Y aſsi de tan leue reparo no puede nazer ſoſpecha, ni aun en cauſa ciuil, y quando tuuiera algun cuerpo fuera, ſi ſe poſtergara el orden de los años, que es el exemplo que trae Giurba, en el ano de 620. a que ſe ſeguia deſpues el año de 618. defecto ſumamente reparable; pero que dos eſcrituras otorgadas en vn miſmo mes ſe coſieſſen, variando ſiete dias, es inſuſtancial.

264 ¶ Y los Autores que han tocado eſte punto han hecho reparo en el, no por la variedad de los dias, ſi no ſuponiendo lo inveroſimil, y ſer la coſtû-

bre

bre de los escriuanos el guardar este orden, y aqui tenemos la contraria, y aun con esta circunstancia no quedan contentos, pues requieren que estos errores, descuydos, ò postergaciones concurran en muchos instrumentos, y que la variedad de las letras sea muy reparable, y todo esto en materias ciuiles, vt benè considerat Aymon Crauet. *cons. 28. num. 5.* ibi: *Quarto oritur suspicio falsitatis* (và hablando en vn juyzio ciuil) *ex ordine registrationis, nam assertum testamentum factum dicitur die quarta mensis Marcij anni prædicti 1512. Et tamen reperiuntur plura alia instrumenta de eodem anno, & de mensib. Septembris, & Nouembris, & sic longe post assertum testamentum registrata, & protocolata, litteris antiquis, ante ipsum testamentum, ideò verosimile est, quod ipsum testamentum veritatem contineret, seu ex veritate factum esset, quod suo loco, & ordine colocatum, & registratum fuisset, arguendo à solitis, seu à consuetudine, ipsiusmet Notarij qui in alijs instrumentis ita erat solitus facere.*

265 ¶ Estas son las respuestas que tiene este leue reparo, y con ellas se entiende el *cons. 213.* de Ioseph Ludouic. *num. 23.* y el *78.* de Sforcia Odia, y la *quæst. 153.* de Farinac. *num. 189.* a todas los quales satisfaze Paril. *cons. 28. num. 60. lib. 2.* cuyos fundamentos no referimos por no dilatar este papel.

QVINTO VICIO HASTA EL NONO.

166 ¶ Todos estos vicios son contra la polilla, y ratones; no merecen satisfacion, porque solo se reduzen, a si royeron mas, ò si royeron menos. Por Andres del Castillo estàn satisfechos en sus excepciones, memor. fol. 27. con los siguientes; y estando los instrumentos en lo sustancial claros, y inteligibles, no se pueden adaptar las autoridades que tocaron este punto, porque faltan todos los supuestos con que los Doctores discurren; præcipuè Aymon *cons. 28. num. 8.* Menoch. *de arbit. casu 187. num. 48.* Sesse *decis. 118. num. 27.* Barbos. *in cap. inter dilectos de fid. instrum. num. 13.*

VICIO DEZIMO HASTA EL CATORZE.

267 ¶ Estos cinco vicios se reduzen a la diferencia de marcas de papel, longitud, y sellos, y que està escrita en siete medios pliegos; y aunque pudieramos intentar las mismas defensas que en las presunciones antecedentes, en esta, ponderando, que qualquiera defecto que quiera considerarse en el protocolo, ni disminuye el credito de la escritura, ni haze sospechoso à Andres del Castillo, por lo que dexamos fundado.

268 ¶ La diuersidad de marcas de papel, y sellos tiene respuesta concluyente en lo que la experiencia cada dia enseña, y se viò executado en este, y otros muchos protocolos; pues sobrando cada año algunas cantidades de papel sellado de los antecedentes, se resellan, y mandan que valgan para los siguiẽtes, y de aqui naze esta diuersidad, con que presupuesto este hecho real, y inegable, no se pueden adaptar las autoridades que insinuan alguna sospecha, por hallarse vna carta, longior alia, ex Farinac. *quæst. 153. num. 168. & cons. 108. num. 2.* & ex Barbos. *vot. 68. num. 53.*

Porque

269 ¶ Porque todo esto pudiera militar quãdo no huuierã premàtica del papel sellado, y fuera acto facultatiuo en los escriuanos escriuir las escrituras en papel comun (y aun en este caso fuera leue reparo) pero hallandose precisamente obligado a gastar papel de los estancos, y vendiendose en ellos con las variedades de años, oualos, y marcas, resellados de diferentes años, para que sirviessen en el de 649. no ay medio para que se pueda imputar culpa, aun quando cessaran los demas discursos.

270 ¶ El estar escrita en siete medios pliegos tiene respuesta no menos segura, por las consideraciones siguientes. La primera, con que en todo el quaderno, auiendo tanta variedad de escrituras de diferentes letras, solo se halla vna en pliego entero, y las demas en medios pliegos, con que precisamente se ha de confessar, que no es possible que todo el quaderno se fabricasse falsamente.

271 ¶ Lo segundo, que en los demas protocolos de escriuanos se halla este mismo estilo, aunque pueda parecer defectuoso, como està comprouado en el pleyto.

272 ¶ Lo tercero, porque la prouança de Andres del Castillo en este particular no dexa recurso a la duda. Y en la pregunta diez y siete de su interrogatorio se articula lo siguiente: *Que es muy ordinario entre los escriuanos publicos de la ciudad de Cordoua vsar de medios pliegos en sus notas, y protocolos despues que se escriue en papel sellado; de manera, que aunque la escritura sea larga, y que necessite de dos, ò tres pliegos de papel de registro, las suelen componer de medios pliegos.*

273 ¶ A cuyo tenor se examinaron treze testigos, los seys de ellos escriuanos publicos, Antonio de Messa, don Francisco de Olegui, Francisco Nuñez Tercero, Ioseph de Atencia, Diego Valero de Molina, y Gonçalo Iacinto de Riuas, y los demas oficiales de la pluma, Procuradores, y personas inteligẽtes, todos los quales en sustancia contestan con lo que el dicho Gonçalo Iacinto de Riuas responde a esta pregunta, cuya deposicion, ni todas las demas no estàn en el memorial, solo en el fol. 29. se dize, que ay diez testigos, absuelven la pregunta, pero es menester que se sepa como lo dizen, y el que dexamos referido, con quien todos contestan, està en el fol. 484. B. del processo, que dize lo siguiente.

274 ¶ *Que sabe, que es muy ordinario entre muchos escriuanos publicos de esta ciudad, vsar para hazer las notas, y protocolos, despues que se escriue en papel sellado, de gastar medios pliegos de papel sueltos, de manera, que muchas vezes que son largas las escrituras gastan papel conforme con el se hallan, assi con pliegos enteros, como con medios; de manera, que siempre andan interpolados, y aun de tal suerte, que a la buelta de la hoja suele caer el sello, sabelo este testigo, porque en sus notas, y registros lo pone en esta forma, y por auerlo visto en otros oficios de escriuanos en poner los dichos medios pliegos, y pliegos enteros a vn mismo tiempo, y esto responde.*

275 ¶ De todo lo referido resulta, que si se huuiesse de dar lugar a esta sospecha, fuera anular las mas de las escrituras que se hazen en Cordoua, ò tenerlas por sospechosas de falsas, quod minimê proponi debet, y no pudiendose

dose

dose dudar, que mediante la prouança; y circunstancia referida esta costumbre se guarda; y observa en Cordoua indistintamente, aunque pareciesse desproporcionado, y ilicito, se deuia sustentar, *cap. ex tuarum 5. de authoritate, ex vsu palij*, & ibidem Butrius, & Abbas, y es doctrina expressa de Bart. *in l. qui sit fugitiuus, §. apud labeonem, ff. de aedilit. edict.* & ibidem glos. Oldrald. *cons. 197. num. 7.* Ioan. de Amicis *cons. 154. num. 18.* Tiraquell. *de retract. conventional. in finem tituli, num. 131.* Decian. & plurimi alij DD. quos pro hac opinione allegat Censius *de censib. part. 1. cap. 1. quaest. 4. num. 4.* cum pluribus sequentibus; Rota *decis. 124. num. 12.* apud ipsum Censium Robert. *ad pragmatic. 5. de censibus, num. 118. & seqq.* Bonazin. *tom. 2. tit. de legibus, disput. 1. quaest. 1. punct. vltim. §. 3. vers. Praeterea si dubium sit, fol. 71.* Farinac. *in prax. tom. 3. quaest. 95. num. 5.* Portoles ad Molin. *tom. 4. verbo, vsura, num. 12.* Thesaur. *lib. 1. quaest. Forens. quaest. 32. num. 5.* Laiman. *tit. de contractib. sect. 5. tract. 4. cap. 18. de censibus, num. 10.* & ex alijs Dom. Salgad. *de retent. 1. part. cap. 2. num. 147.* ibi: *Ad cognoscendum etenim, & iudicandum, an aliquis actus sit licitus, vel illicitus consuetudo obseruantiae, quae viget in aliqua Prouincia attenditur, vt licitus habeatur apud omnes*, conducunt etiam tradita à D. Valenç. *cons. 8. n. 24.*

276 ¶ Y de qualquiera forma que se considere, aun faltando estas conclusiones, que en la cortedad de nuestro juyzio son indubitables en derecho, la diferencia de marcas, signos, y demas circustancias siempre son delestimables, vt latê fundant Paul. Castrens. *cons. 371. num. 1. lib. 1.* Addentes ad Mandel. *cons. 99. litter. A.* Genua *de scriptur. priuat. lib. 1. quaest. 6. princip. dubit. num. 21.* ibi: *Mihi tamen isthaec scribentium opinio, in hac praesumptione non satis arridet. Arbitror enim ego ex eo nullo pacto falsitatem in ipsamet scriptura, probari posset, quod vnum folium sit diuersi papyri, aut signi, & quod vna cartha sit longior alia.*

277 ¶ Y con igual comprehension, abraçando todo el discurso, lo dixo Capicio Latro *consult. 4. num. 26.* ibi: *Quod falsitas non probatur ex eo, quod vnum folium est diuersi papyri, aut signi, quod etiam probat Paul. de Castr. cons. 371 sub num. 1. vers. Sed hoc non probat falsitatem, ea ratione, quia non concludit necessario, l. penult. §. docere, ff. ne quis eum, qui in ius vocat est, l. cum hoc, C. vnde cognati, & ad probandam falsitatem requiruntur liquidissimae probationes, glos. & DD. in l. iur. gent. §. quod ferè, ff. de pact. Iason in l. singularia, ff. si cert. petat. Pedro Foller. in cons. criminal. tom. 2. cons. 78. num. 3.* Hactenus Capit. Latro, qui vidẽdus est etiam ad materiã in numeris sequentib.

278 ¶ Y no será de consideracion el ponderar la *l. 13. tit. 25. libr. 4. Recopilat.* porque esta no deroga los instrumentos, ni los haze sospechosos por semejantes escrupulos del protocolo, y quando passa a anular las escrituras solo es hallandose con los defectos que refiere, y assi dize estas palabras: *Y que los dichos escriuanos sean auisados de no dar escritura alguna, signada con su signo, sin que primeramente al tiempo del otorgar de la nota ayan sido presentes las dichas partes, y testigos, y firmada, como dicho es. Y que en las escrituras que assi dieren signadas, ni quiten, ni añadan palabra alguna de lo que estuuiere en el registro, &c.*

279 ¶ Y la *l. 44.* que es la prematica de los sellos, saca esta materia

que en los protocolos se puedan hazer escrituras en me-
de duda, permitiendo, que en los protocolos se puedan hazer escrituras en me-
dios pliegos, vti constat ex eius verbis: *Y por lo que toca a todos los instrumen-
tos, y despachos del quarto sello, se ordena, que se puedan escriuir todos los instru-
mentos, y despachos que le estàn assignados en medio pliego de papel sellado.*

280 ¶ Y auiendo cumplido el escriuano con el intento principal de las leyes destos Reynos, que es, que los instrumentos se escriuan en papel sella-do, y dadole a esta el sello que le tocò, no parece que se puede hazer reparo, y mas auiendo vna costumbre tan inconcusa, contra la qual nada ay prouado, ni alegado, cessan qualesquiera escrupulos, vt ex Bald. *in l. 1. col. 2.* in vers. *Sed hic quæro, C. ad Vellei.* firmat Pelaez de Mieres *p. 1. quæst. 62. nu. 24.* ibi: *Quod per consuetudinem receditur à maiori solemnitate, & minor solemnitas subrogatur loco maioris, & dicitur consuetudo notoria, ex inspectione omnium publicorum instrumentorum, & non est necessaria alia probatio.*

281 ¶ Et paulò post prosequitur Mieres, refiriendo vn caso particu-lar que sucediò en esta Chancilleria, ibi: *Ex quibus omnibus est vera, & tex-tualis conclusio, quod consuetudo potest diminuere de solemnitatibus, quæ requi-runtur in confectione instrumentorum. Et ideò memor sum, quod in hac Rega-li Cancellaria, in quodam negotio magnæ qualitatis fuit, data fides cuidam ins-trumento, venditionis multum antiquo, in quo duo tabelliones erant subscripti in scriptura, neque aliquos habebat testes, sed ipsi tabelliones signauerunt scrip-turam, & fuerunt testes; fuit autem data fides, quia producta fuerunt alia scrip-turæ illius temporis, & loci in quo facta fuit scriptura venditionis, ex quibus apparuit, quod eandem solemnitatem habebant, & licèt in hoc fuit magna al-teratio, adhùc, fuit illi scriptura data fides, & pars obtinuit rem, quam petebat per sententiam reuisionis.*

282 ¶ Particular fue el caso que refiere Mieres, y en el parece, que so-lo por la costumbre de los protocolos no se tuuo atencion a las formalidades de las leyes destos Reynos, ni a la prematica de Alcala, supliendolo todo; pues que diremos en nuestro caso, donde solo se opone vna circunstancia tan leue, que se halla desvanecida con la costumbre inconcusa, y con lo que dexamos discurrido.

VICIO QVINZE.

283 ¶ Esto se reduze a querer sacar presuncion, afirmando, que en el protocolo no ay mas desta escritura de vna misma letra, y el Relator parece que se inclina a este sentir, memor. fol. 30. B. Vno, y otro se convence por las decla-raciones de Maestros, y escriuanos, que dizen dos cosas particulares. La vna, *que en el mismo quaderno ay otra escritura de la misma letra.* Y la otra, *que to-das las escrituras son de diferentes letras.*

284 ¶ Pero nosotros nos alargamos a mas, y representamos, que aun-que esta misma escritura, en su protocolo, ò en el original (q̃ es el primero tras-lado que della se saca) se hallassen diferentes letras, no se pudiera considerar sos-pecha, ex traditis à Dec. *cons. 615. num. 3.* Mascard. *conclus. 740. nu. 20.* Farinac. *quæst. 153. num. 117.* de que diò la razon admirablemente Ludouis. *decis. 454. num. 3.* ibi: *Neque etiam facit, quod actuarius dicat, processum fuisse à se ipso exactum,*

exactum, & tamen reperiatur scriptum diuersis manibus, quia scribani habent iubenes, & substitutos sub illis scribentes, quidquid agunt; agunt nomine scribæ principalis, & etiam videmus in officijs Notariorum. Y aqui la experiencia enseña quan inlustancial es este reparo.

VICIO DIEZ Y SEYS, HASTA EL VEYNTE Y DOS.

285 ¶ Todos estos miran a la diferencia de tinta, y firmas. En quanto a lo primero assentamos, que antes es credito de la escritura, y cedula el estar de diuersas tintas, porque esta se hizo mediante la consulta del Abogado, y quien duda que se escriuiria, ô en el estudio del Abogado consultado, ô en otra parte distinta? y aquella se escriuiò despues, y esto seria en el oficio del escriuano, ô en su casa, ô en la de los otorgantes; y no es dudable, que si la falsedad se cometiera, se tuuiera cuydado particular con que tuuiera semejança de verdad, y no se procediera con semejante descuydo, el qual acredita mas la verdad.

286 ¶ Cæterùm, que las autoridades, y doctrinas que escrupulizaron EN LOS IVYZIOS CIVILES esta sospecha, junta con otras muchas, para debilitar la fee del instrumento. Lo vno, hablan en diuersissimo caso, porque la variedad de la tinta quieren que sea, y concurra en el mismo instrumento, y que en el se halle alguna adiciõ, ô clausula de diuersa tinta, vti ex Menoch. & Mascard. infertur à Barbos. *in cap. inter dilectos 6. de fide instrum. num. 4.* & ex alijs Sesse *decis. 118. num. 15. litter. R.* & ex alijs Noguer. *allegat. 26. nu. 132.* lo qual cessa en nuestro caso.

287 ¶ Porque en esta escritura no se halla variedad en la tinta, ni en la mano, y quando en el mismo protocolo aya otras, nihil ponit in esse; y es despreciable reparo querer, que vn escriuano gaste siempre vna misma tinta, quãdo la experiencia està diziendo lo contrario tan repetidas vezes. Y es elegante, y comprehensiuo de toda la materia, & omnino videndus, *per totum*, el *cons. 108.* de Farinac. *lib. 2.* que discurriendo por varios medios en la exclusion de las sospechas de falsedad, llegando a este particular, *num. 62.* sic ait: *Septima ex diuersitate attramenti, quæ vt dicitur, oculis cernitur, non est magni facienda, nam constat eadem manu conscripta, attramẽtum autem in scribendo sæpè additur in attramentario.*

288 ¶ En quanto a las firmas, de que se haze larga mencion en los demas vicios, se ha de ver el memorial, diligencias, y prouanças, que se refieren desde el fol. 21. hasta el 36. de cuya extensiua relacion sacamos, que por parte del Convento se pidiò, que escriuanos, y Maestros de escuelas viessen las firmas de escriuano, testigo, y contrayente. Y del contexto de todas resulta, que escriuanos, y Maestros dizen, que vnas, y otras firmas estàn hechas con brio, y ayre, y semejantes a las que solian hazer los dichos Pedro Iunquito, Geronimo Gutierrez, y Roque Ramirez de Leon; testigo instrumental, otorgante, y escriuano, y aunque escrupulizan en alguna letra, ô rasgo algunos de ellos, esta misma variedad suponen que ay en las firmas, y rubricas de otras muchas escrituras, que no se duda son de los mismos.

289 ¶ Demas desta diligencia quiso el Convento hazer prouança de testi-

testigos, y el que mas credito merece, por auer sido oficial mayor de el Roque Ramirez, mas tiempo de ocho años, que se llama Antonio Barca (dize estas palabras, que la poca fortuna de Andres del Castillo quiso, que se le olvidassen al Relator, como otras muchas:) *Que fue oficial mayor de Roque Ramirez mas tiempo de ocho años, y que tiene conocimiento de las firmas que solia echar, y que las de la escritura, y minuta le parece que son suyas; y tambien las de Geronimo Gutierrez, y Pedro Iunquito.*

290 ¶ Demas deste testigo, contra producentem, tiene Andres del Castillo otros muchos testigos contestes desta certeza, y assimismo la diligencia que consta por el fol. 34. del memorial.

291 ¶ De que se infiere quan poco importarà, que los escriuanos, y Maestros de escuela diessen alguna variedad en tal, ô qual letra, quando constituyen esta misma en las demas firmas de otros contratos, assentando, que entre las mismas con que se haze la comprouacion ay variedad, y en lo que indisputablemente contestan, es en el ayre, y mouimientos de la pluma, y en lo primero no todos estàn conformes, y en esto segundo si. Con que no parece es la materia de arbitrio, ni disputable, por la razon del texto en la *l. 118. tit. 18. part. 3. circa finem*, ibi: *E de si el juzgador deue se ayuntar con aquellos omes sabidores, è catar, è escodriñar la letra, è la figura della, è la forma, è el signo del escriuano; è si se acordaren, TODOS EN VNO, que la letra es tan desemejante, que puedan con razon desemejar contra ella, entonces es en el alvedrio del juzgador, de desecharla, ò otorgar que vala, si se quisiere.*

292 ¶ Estas palabras de la ley de Partida necessitan de graue ponderacion, porque lo primero quiere, que todos los peritos vengan en vn mismo sentir, y que por la grande diferencia, y disimilitud de letra puedan con razon sospechar contra ella.

293 ¶ Y la razon, demas de ser natural, es juridica: *Videmus tamen naturam eius crebrò egentem rei examinatione, quando litterarum dissimilitudinem, sæpè quidem tempus facit, non ita quis scribit iubenis, & robustus, ac senes, & forte tremens, sæpe autem, & langor hoc facit, & quidem hoc dicimus, quando calami, & attramenti immutatio similitudinis per omnia aufert puritatem, verba sunt nouellæ 73. de instrum. caut. & fid.*

294 ¶ Y son mejores palabras, y mas comprehensiuas del intento las de la *l. 118.* referidas, ibi: *Ca a las vegadas faze desemejar las letras los variamientos de los tiempos en que son fechas, ò el mudamiento de la tinta, ò de la peñola. E otro si, se podia desemejar la forma de la letra, por enfermedad, ò vejez del escriuano, ca de vna manera escriue ome quando es mancebo, è sano, è de otra quando es viejo, y enfermo.*

295 ¶ Cæterũ, q̃ en la cortedad de nuestro juyzio parece, q̃ fue superflua la circũstancia de la cõparaciõ de letras, pues siendo viuo Pedro Iunquito, testigo instrumental deste contrato, y escriuano publico, de cuyo credito, fidelidad, y verdad no se ha dudado, y reconociendo este, y confessando, que el instrumento se otorgò, y que la firma es suya, y llegandose a esto, ex superabundanti la declaracion de don Antonio Nauarrete, y demas testigos, no parecia necessario este recurso, siquidem, para que se aya de passar a el es preciso que falten

ten los que inter vinieron en el contrato, pues cōfessando ellos que lo huuo, cessant, quod infertur ex ipsamet, Authent. de instrum. caut. & fid. §. quod si etiam, ibi: Aut si etiam qui hoc conscripsit non est, aut aliter ipse venire non valet, tamen, cum iure iurando propriæ complectioni attestetur, vt comparationi non fiat locus sint etiam sic credibilia documento testimonium enim, & ex voce complētus factum, & ius iurandum habent adiectum, præbuit quoddam causæ munimentum.

296 ¶ Id ipsum infertur ex ipsamet, *l. 118.* ibi: *Dezimos, que en tal caso como este, o en otro seme, ante del, que si el escriuano es viuo, cuyo nombre està escrito en la carta, que el juzgador le deue fazer venir ante si, è mostralle aquellas cartas, è preguntalle si las fizo el, è si otorgare que el las fizo, maguer sean desemejantes las cartas en la letra, ò en la forma, deuen ser creydas, porque no puede ome toda via escriuir de vna manera.*

297 ¶ Y comprehendiendo mas todo este discurso, optimè Paul. Rubeo *cap. 30. ex num. 516.* ibi: *Similiter etiam, si essent viui testes subcripti, non erit deueniendum ad remedium comparationis eo, quia veniunt examinādi dicti testes pro eruenda veritate negotij, nam probatio, quæ fit per comparationem dicitur conjecturalis, & consequenter fallax, vt dictum est, probatio verò, quæ fit per testes dicitur viuæ vocis, & sic validior, vnde semper debet præualere in concursu, ex allegatis per Rotam coram Bon. Mem. Piroban. decis. 103. num. 12. part. 7. Recentiorum; quarè, vt præmissi cum probatio per comparationem sit conjecturalis, non est ad eam recurrendum, nisi in subsidium quando deficit probatio per viuam vocem, cum, & omnis conjectura cessat in claris vulgata lege continuus, §. cum ita, de verb. signif. nam conjectura est vestigium veritatis, quare si illa pateat in banum ea venatur insuper lucerna coram sole non lucet.* & in puncto videatur Thesaur. *quæst. Forens. lib. 1. cap. 24. nu. 13.* Scaccia *de iudicijs, lib. 2. cap. 11. num. 1034.* Gayto *de credit. cap. 2. tit. 8. num. 2823. &c.*

298 ¶ Y si aqui se dá tanto credito al escriuano quando se trata de su mismo credito, como en los casos de las leyes, *si quis decurio, & vbi falsi, C. ad leg. Cornel. de falsis.* con quanta mayor razon se deue dar à vn testigo instrumental, escriuano publico, y a vn Abogado, ambos desinteressados, y que conforman, y contestan en que se consultó, y otorgò este contrato.

299 ¶ Y quando dieramos caso que fuera necessario el recurrir a la comparacion de las letras, y se huuiera hecho con los requisitos de derecho necessarios para su comprouacion; no era suficiente para que en este delito de falsedad se condenasse al dicho Andres del Castillo, Farinac. *in dict. cons. 108. num. 59.* ibi: *Vbi per comparationem litterarum factam per iudicium peritorum, nō conuincitur Reus de crimine falsi, vt criminaliter puniatur, quia fallax est peritorum iudicium,* Curt. iun. *cons. 64. num. 5.* præclarè, & latissimè Socin. iun. *cons. 61. num. 8. & in fin. lib. 2.* plures alios referens, & *cons. 45. lib. 3.* Crauet. *cons. 28.* per totum, vbi in ciuilibus, & criminalibus non sufficiunt hominum præsumptiones, *cons. 34. num. 26.* & pulchrè Mandel. de Alb. *cons. 99. &c.*

300 ¶ Y assi concluymos, que el recurso de comprouacion de letras,

y ssi-

y firmas fuera bueno si el instrumento fuera antiguo; si se dudara de la fee del escriuano; si el testigo instrumental fuera muerto, y no pudiera declarar; pero faltando todas estas circunstancias no parece que se deuió ocurrir a ella, cō que, aun quando no fuera tan en fauor de Andres del Castillo, y del instrumento, pa-rùm referret, ex notatis à Mascard. Gregor. Lopez, Ripa; & alijs quos refert Pa-*rejas tit. 1. resolut. 3. §. 2. num. 40. cum seqq.*

VICIO VEYNTE Y DOS

301 ¶ Para manifestar la temeridad con que discurriô don Iuan Adan en esta querella referimos todos los defectos que se oponen, este se reduze a que no ha auido visita de escriuanos que aya reconocido este protocolo, y que assi es falso (todo el protocolo le dize aqui, y en otro vicio, que cinco escrituras en otro que estâ, y la cedula, ò Bone Deus!) esta imaginaria no puede traerse a con-sequencia, aun quando no huuiera la prouança de testigos, de que no se visitañ papeles de escriuanos muertos.

VICIO VEYNTE Y TRES.

302 ¶ Que escriuano, otorgantes, y testigos todos son muertos, se dize siendo incierto, porque el testigo instrumental, Pedro Iunquito, era viuo, y reconociô su firma, y las demas, y calificô el instrumento con juramento, y ofreciò darlo por testimonio, mem. nu. y desta suposicion que se haze quiere inferirse otra nueua sospecha, y se esforçarà con las autoridades que junta Barb. *dict. vot. 68. à num. 44.* & Alexand. Paris. Crauet. Menoch. & alijs.

303 ¶ Andres del Castillo retuerce esta presuncion como otras con-tra el Conuento, valiendose de la deposicion de el dicho Pedro Iunquito, escri-uano publico de Cordoua, de cuya fidelidad no se ha dudado, que dize estas pa-labras; mem. quamuis corrupte, fol. 8. B. ibi: *Y auiendo visto la escritura, y ce-dula, y las firmas, y reconocidolas, assi las de la momoria, como las de la escritu-ra, que son suyas, y por tal las reconoce, las quales echò con su mano; y las otras firmas que dizen, Geronimo Gutierrez Valderrama, y Roque Ramirez de Leō escriuano publico, son de los susodichos, y las echaron en presencia del dicho Pedro Iunquito al tiempo que se hizo la dicha memoria, y que estaua presto de decla-rarlo mas en forma, y darlo por testimonio cada que le fuesse mandado por juez competente, y jurò a Dios, y a vna Cruz en forma de derecho ser cierto lo que lle-ua declarado, y lo firmò en presencia de tres testigos.*

304 ¶ Sola esta deposicion pudiera desuanecer todas quātas presun-ciones quisieran ponderarse; pues no dudandosse de la fidelidad del escriuano ante quien auia otorgado el instrumento, ni dudandose de la que este testigo merece en quien no se descubre la mas leue causa para que faltasse a la verdad, y religion, no puede quedar recurso a la duda, y con esta circunstancia vltima sola bastò en Aragon para no dudarse de la fee de vn instrumēto a quien se le oponian varias, y fundamentales sospechas, vt bene Sesse *dict. decis. 119. num. 21.* ibi: *Et sufficere fidem solam vnius si vnus solus supersit prout fuit iudicatum in processu*

Augusti-

Augustini de sancta Fide in Curia iustitiæ Aragon. Vbi cum solo vno teste fuit facta adveratio mortuis alijs, & in appellatione ab illa sententia vidi in processu Anton. de Iayme, super appellatione in Regia Audientia.

305 ¶ Y es en tanto grado cierta esta conclusion, que aunque vn testigo instrumental contradixesse al instrumento, diciendo, rem aliter se habere; como otro afirmara que auia sido cierto, se deue tener por tal; la razon juridica es, porque aquel se opone a las reglas de derecho, a la fee del escriuano, a las prerogatiuas del instrumento; y este depone lo verosimil, lo assistido por derecho, y se llega a la razon juridica, con que la consequencia corre sin disputa, optimè Sesse vbi supra num. 23. *Pro his facit, nam etiam in casu, quo testis necessarius contradicit instrumento dicendo rem aliter se habere, vt in eo continetur dicunt nulli (vt statim dicã) quod substinetur instrumentũ si alius testis cum Notario deponat pro instrumento. Y de aqui saca la consequencia de nuestro caso, ergo à fortiori in casu de quo dixi adverabitur instrumentum ex sola adveratione Notarij, V E L SOLIVS VNIVS TESTIS, si alij non viuant, cum, tunc, nullus alius testis contradicit instrumento, sed sola adseueratio partis impugnãtis instrumentum, quæ suspectum reddidit illud contra omnes iuris, & rationis scripta regulas.*

306 ¶ Y todas las autoridades que se pueden traer, y que nosotros hemos deseado ajustar, q̃ hablan en este punto, se reduzen a dos medios. El vno, si ay testigo instrumental que se oponga al instrumento, y los demas son muertos. El otro, si TODOS los testigos, y el escriuano son muertos, y concurren otras presunciones, que en estos casos resulta sospecha para juyzios ciuiles, que es en los terminos que hablan todos; aqui no solo concurren estas circunstancias, sino las contrarias, y el juyzio es criminal, que necessita de las prouanças que dexamos referidas.

VICIO VEYNTE Y QVATRO.

307 ¶ Ya nos confiessan en este vicio, que Pedro Iunquito viue contra lo que acaban de dezir en el antecedẽte, pero aunq̃ està viuo lo quieren enterrar como muerto, ponderando sus achaques, falta de memoria, y aun se insinua que la tiene en la capazidad.

308 ¶ En Pedro Iunquito, no pudiendo hoyr su deposicion, buscan este defecto, seanos licito, por ser del intento, dezirle a don Iuan Adan, inventor destes fantasias, y al Convento, que tan facilmente se rindiò a ellas, *nodũ in scyrpo quæris*, no deuiò de estar muy incapaz, pues pidiò el Convento que se examinasse, memor. fol. 37. vers. *Y tambien dize*, ni le deuiò de estar bien al Convento lo que dezia, pues no quiso que se escriuiesse su dicho.

309 ¶ Vamonos à la sustancia del caso. Cierto es en derecho, que al que alega falta de memoria, incapazidad, ò priuacion de juyzio le incumbe la carga de prouarlo, por oponerse, como se opone a vna qualidad, y presuncion natural, *ex l. senium, C. qui testam. facere pos.* Paul. Zach. *in suo Medic. leg. tit. 1. quæst. 1. ex num. 9.* aunque sea de cien años, Mantic. *de coniect. vltim. volunt. lib. 2. tit. 5. num. 3.* Burat. *decis. 256. num. 2.* Paul. Rubeo *resolut. prac-*

ticab.

ticab. cap. 13. num. 62. que trae innumerables autoridades, como el mismo moderno.

310 ¶ Y esta prouança ha de ser exactissima: *Sic, & generaliter firmari potest* (inquit Paul. Rub. *dict. cap. 15. num. 93.*) *mentis sanitatem de iure præsumi, ita quod si quis contrarium asserere intendit, scilicet, quod aliquis tempore testamenti, vel alterius actus à furore, vel dementia possidebatur difficilis se supponit periculo probationis, quia cum furor, vel dementia sit, quid invisibile, & propterea non percipiatur visu, vel auditu, sed magis mentis ratione, ac proinde deponendo, vt dixi non sanitatem mentis cum sit contra præsumptionem naturæ, & iuris est necessaria exactissima probatio.* Hactenus Rubeo quam plurimos referens.

311 ¶ La prouança que el Convento tiene, ni es de Medicos peritos, ni otros testigos de los que pueden merecer credito, vti debebat *ex l. semel causaria de re milit. lib. 12.* ibi: *Nisi quos constet Medicis denuntiantibus, & iudice competente diligenter examinante vitium contraxisse*, Roderic. Suar. *allegat. 1. num. 8.* & innumeri relati, & sequutia Paul. Rub. vbi supra.

312 ¶ Quatro testigos examinò el Convento bien insustanciales, y discordes, los tres en la falta de capazidad, y memoria, y el quarto, que es Iuan de Cañasveras, bien contrario a su intento, pues dize. *Que veynte dias antes de su muerte de Iunquinto le hablò, y estaua en su entero juyzio, y ajustò con el vna cuenta.*

313 ¶ Lo poco que obra esta prouança se infiere de las autoridades referidas, y lo mucho que importa este testigo, contra producentem, està dicho, y es vulgar.

314 ¶ La sanamente del Pedro Iunquito, al tiempo del otorgamiento de la escritura de su declaracion, y hasta el de su muerte (demas de la presuncion natural, y pedimiento del mismo Convento que se ha referido) prouò el Andres del Castillo con onze testigos con actos distintos, y dando razon, y como le oyeron dezir, que la escritura era cierta, y el auia sido testigo instrumental, con que en materia de prouança no ay competencia, siquidem, dos testigos de sanamente vencen a mil de incapacitate, Paul. Rub. *cap. 15. à num. 320.* ibi: *Quod nulla æquitas naturalis suadet, quod in concursu probationum magis credatur testibus deponentibus super amentia, quam testibus deponentibus super sana mente.* Et infelius: *Prædicta igitur conclusio adeo indubitata apparet, vt procedat etiam si illi testes deponentes de sana mente essent exigui numeri veluti duo illi verò de furore asserentes essent plures, vt mille, & tunc fides maior est etiam habenda duobus de sana mente deponentibus, quam mille negantibus*, ex Iason, Boer. Hudiern. Dom. Castill. *cap. 28. nu. 52. lib. 4. contr.* quam plures referens.

315 ¶ Tambien se vale del testamento, y codicilo otorgado por el dicho Pedro Iunquinto, que es otro genero de prouança, magni momenti, porque si estuuiera incapaz; ni el lo otorgara, ni escriuano alguno viniera en ella, y este es fundamento graue, ex authoritatibus relatis, & ex Mantic. *de coniectur. lib. 2. cap. 5. num. 6.* Dom. Castill. *cap. 28. num. 52.* que hablan con la distincion que se reconoce, Paul. Rub. *cap. 15. num. 297.*

PRO-

PROCEDIMIENTOS DE ANDRES DE el Castillo.

316 ¶ Despues de auer executado contra este instrumento tantos golpes, aunque todos en el ayre, la saña de don Iuan Adan acabò, injuriando a Andres del Castillo tan grauemente, que fue cosa indigna del juez tolerar las palabras de la querella. Dize, *que es el Reo de los hombres menos ajustados a su conciencia que ha tenido aquella Republica, y acostumbrado a cometer en su oficio semejantes falsedades, jactandose, que no ha auido mas doloso, por muchos que ha tenido Cordoua, que se iguale en este genero de fraudes, y que nadie trata con el que no salga engañado; y auiendole representado, mire por su Alma, responde, ya la tiene rematada, y sabe se lo han de lleuar los diablos.*

317 ¶ Muy tarde llegamos a reprehender a don Iuan Adan, acordandole quantos preceptos rompiò con lo licencioso desta querella, quan lexos estuuo de la disposicion de la *l. 6. C. de postulando*, ibi: *Ante omnia autem vniuersi advocati, ita præbeant, patrocinia iurgantibus, vt non vltra, quam litium possit vtilitas in licentiam conuitiandi, & male dicendi temeritatem prorrumpant. Agant, quod causa desiderat, temperet se ab iniuriam, nam si quis adeò procax fuerit, vt non ratione, sed probrijs putet esse certandum, opinionis suæ imminutionem patietur, neque enim conniventia commodanda est, vt quisquam negotio de relicto in adversarij sui contumeliam, aut palam pergat, aut sub dole.*

318 ¶ Como lo dixo en la querella don Iuan Adan, memor. fol. 38. lo depuso como testigo, vsurpando las mismas palabras, memor. fol. 46. no ay testigo que le siga, pero si que quisiesse complacer con el, como don Pedro Antonio de Angulo en el fol. 48. B. del memorial, dize: *Que conoce a Andres del Castillo de muchos años a aquella parte, y que hasta el año de 49. le tuuo por hombre de bien, y virtuoso, y desde aquel año ha oydo dezir lo contrario.* No podemos detenernos a preguntarle a este testigo, que razon tuuo para mudar de dictamen? Don Iuan Adan Malo està priuado de credito por varios medios, como enemigo; como Abogado del Convento; como quien no da razon de su dicho; y como quien depone animosa, y temerariamente, principios, y tachas juridicas.

319 ¶ Por vna cantidad tan corta como la que importa esta donacion se arrojò el odio deste Abogado, contra Caridad, a injuriar a vn hombre honrado, y a quitarle el credito a vn escriuano publico, de quien pende la seguridad, y salud de la Republica, alli contra todos los preceptos, vt ait Diu. Thomas *2. 2. quæst 34. & innuit glos. in cap. 1. de re iudicata, lib 6.* Y aqui contra la confiança legal, y juridica, y contra la que afirma Casiodor. *lib. 12. variar. epist. 21.* que merecen tales oficios: *Scriuanum officium securitas solet esse cunctorum, quoniam ius omnium eius solicitudinem custoditur.*

320 ¶ Pero ajustādo los defectos q̄ se suponē, hemos de ajustar, q̄ por ellos mismos se conuencē. El primero es dezir, que en vna escritura de arrendamiēto de vnas casas que Lucas de Montoya, Castellano nueuo, hizo a fauor de D. Sebastian de Heredia, se puso clausula de sumission, sin auerlo dicho las partes;

Esto solo lo insinua el don Sebastian, pero el mismo que se obligò, y todos los testigos instrumentales afirman, que la escritura se otorgò en la misma forma que suena escrita. Reparese, si puede auer presuncion tan desordenada contra la realidad de vn instrumento, las deposiciones de los testigos, y la buena opinion, y fama que assiste al escriuano.

321 ¶ De igual estimacion es la presuncion, y defecto segundo, que quiere inferirse de la reuocacion del poder que don Rodrigo de Vargas auia dado a Christoual de Orbaneja, y esta solo se reduze a vn simple alegato, porque los testigos que se quisieron examinar no concluyen cosa alguna. Y es de notar, que el Convento que la propone no ha presentado papeles, porque ha reconocido la flaqueza de la propuesta, y quan imaginaria es, con que nos libra de satisfazer a ella.

322 ¶ El tercero, y no menos affectado, fabricaron el Licenciado don Iuan Adan, y don Pedro de Vargas, enemigos ambos de Andres del Castillo, y que como tales no merecen credito, ex ante dictis, en el particular del Licenciado Fernando Castil, pero como no yvan firmes en la certeza, y verdad de el caso, facilmente discordaron. Y por este segundo medio de su variedad, y disonancia, demas de la enemistad, le priuaron segunda vez de el credito.

323 ¶ Don Pedro de Vargas dize, que el Licenciado Castil diò vna firma en blanco al Andres del Castillo, para que otorgasse vn poder para pleytos, y que el lo hizo poder en causa propia, para cobrar cinco, ò seys mil reales de vn vezino de Cordoua.

324 ¶ El Licenciado don Iuan Adan dize, que el dicho Licenciado Castil le diò cesion al dicho Andres del Castillo para que cobrasse de Martin de San Roman cinco mil y tantos reales, y que esta cesion se hizo a fauor de Luys de Alcargota, y que el dicho Andres del Castillo se obligò a pagar la cantidad al Licenciado Castil, y luego le pidiò la escritura de obligacion, y se quedò con ella, y despues, por no auer cobrado la cantidad de la cesion, tratò de executarle por ella ante el Prouisor. Desta forma contestan estos testigos; ya se vè el credito que merecen.

325 ¶ Pero se deue advertir, como los cegaua el odio, pues don Pedro de Vargas dize, que el dicho Licenciado Castil le diò la firma en blanco al dicho Andres del Castillo para el poder, sin acordarse, que poco antes dexaua dicho, que no auia en Cordoua quien le escriuiesse vn papel, por temerse, que con la firma hauia alguna falsedad. O este testigo es muy temerario, ò poco recatado el Licenciado Castil.

326 ¶ Y tambien pareciò poco Letrado en su deposicion don Iuan Adan, pues prosigue, *que Andres del Castillo le pidiò la escritura de obligacion, para notificarla a los deudores, para quien le auia dado la cession, y que se quedò con ella*, pues si se acordara de principios de derecho, el instrumento que se auia de notificar a los deudores era la cesion que sobre ellos se auia dado, no empero la obligacion que en fauor del cedente se auia hecho, no nos embaraçamos en este discurso: *Tu magis scire potest, quanta fides sit adhibenda.*

327 ¶ Otros defectos se han querido proponer en orden a induzir cu-

dicia

dicia en el dicho Andres del Castillo, y todos dependen de la deposicion de don Iuan Adan, sin mas prueua, ni calificacion, ni otro medio juridico que los califique, con que nos parece no necessitan de respuesta, estando tan euidentemente comprouada la passion de este testigo, y Abogado, que quiso hazer ambos papeles en el pleyto.

328 ¶ De todas estas imaginarias se quiere inferir mala calidad, ex persona producentis, pero, ni de todas ellas, ni de alguna se comprueua que Andres del Castillo aya cometido falsedad alguna, ni validose de instrumentos falsos, y assi no militan las autoridades de la glos. *in l. iubemus*, *C. de probat.* verbo, *suspectus*, Bald. Bertazol. Mascard. Morozio, Genua, & alij relati, & sequuti à Barbos. *in dict. vot. 68. num. 41.*

329 ¶ Y era menester que esta qualidad se prouasse especificamente, aliás non releuant vti docuere, Hippolyt. *cons. 15. num. 9. cons. 44. num. 18.* Grammatico *decis. 25. num. 7.* Dom. Gregor. Lopez *in l. 1.* verbo, *procurado, tit. 18. part. 6.* & ex innumerabilibus Dueñas *axiom. iur. litter. M. nu. 30.*

330 ¶ Cæterùm, que aunque se assentasse, que contra Andres del Castillo se huuiesse procedido por semejante excesso, mientras no constasse que huuiesse sido castigado por el, nullius erat momenti, vt benè fundat Castillo *decis. 135. à num. 32. cum sequentib.* optimè Iuan Maria Nouat. *in pragmatic. super 4. & 5. de falsis, collectan. 4. num. 3.* ibi: *Qua occasione signauis, quod falsitatis præsumptio, quæ oritur contra solitum, illam agere procedit, vbi pro falsitate ille fuerit condemnatus, at secus si liberatus.*

331 ¶ Y quando tuuiera alguna prouança contra si Andres del Castillo, que no la tiene, hallandose con tantos testigos, y euidẽcias de su buen proceder, no pudiera, ni deuiera mouer, vt tradit ex varijs Capic. Latro *cons. 119. à num. 11.*

332 ¶ Estos son los fundamentos motiuos, y vicios que se inventaron contra este instrumento, y contra Andres del Castillo, y estas sus respuestas, a que nos ha necessitado, no la estimacion que creemos se deua hazer dellos, si no el considerar, que en la mayor seguridad cabe vn justo, y prudente rezelo; bastante descõsuelo es del que escriue largo el pensar que cansa, no hemos podido escusarlo.

333 ¶ Quan insustanciales sean creemos que queda fundado, porque assistiendo al instrumento las prerrogatiuas que dexamos fundadas, à num. 77. vsque ad 87. y al Andres del Castillo las que referimos, num. 68. carece la materia de disputa.

334 ¶ Pero poniendo en equilibrio prudencial, y juridico (en lo que se nos puede permitir) esta materia, hallamos que toda la prouança del Conuento se reduze a vnas fantasias labradas en la intencion, y agudeza de don Iuan Adan, separadas del instrumento, sin que ninguna concluya que se aya cometido la falsedad, ni en el hic, & nunc, particularizen cosa que importe, porque los testigos no concluyen cosa sustancial, ni son instrumentales, requisito necessario para prouar la falsedad, Ziazio *in dict. discept. 24. num. 153.* ibi: *Decimo quarto non committitur falsitas; quia vt committatur requiritur, vt testis ex necessitate concludat præsertim in tempore, Bos. tit. de fals. num. 49. Et constare debet;*

debet, quod testes sint illi met, qui sunt in instrumento descripti, &c. A vnas deposiciones extrauiadas del intento de enemigos declarados, con enemistad capital, como està comprouado, con q̃ por ellas solas, aun sin defensa, ni respuesta, no parece que pudiera juzgarse contra el Reo, ni instrumento, ex late à nobis traditis à num. 44. vsque ad 67.

335 ¶ Al instrumento, y al Reo fauorece lo que dexamos discurrido en la fee del vno, y exculpacion del otro, y demas desto, y de las respuestas dadas, se halla corroborado con la deposicion de vn testigo instrumental, escriuano publico, con la religion, y juramento de vn Abogado de los de mayor virtud, exemplar, vida, y singulares estudios, que ay en esta Prouincia, como es el Licenciado don Antonio de Nauarrete, a las deposiciones de los que se hallaron en su estudio quando se le consultó esta escritura.

336 ¶ Reconozcase aora, y examinese si puede auer medio juridico para que aquellas vençan a estas, aun en juyzio ciuil, quanto y mas en el criminal que se controvierte: *Tertio colligitur idque ex omnibus ferè relatis, supr. nu. 27. quod probatio contra instrumentum debet esse manifestissima, & concludens, nec probatio præsumptiuè sufficit,* dezia el señor don Iuan del Castillo *cap. 16. nu. 34. lib. 2.*

337 ¶ Y citando varias autoridades, y fundamentos, Pareja *de instr. edition. tit. 1. resolut. 3. §. 2. num. 29. In quibus advertendum summopere ad monemus, quod si ex parte illius contra quem producitur instrumentum similes suspiciones alleguentur, & ex parte producentis, aliæ etiam in contrarium afferuntur, pro corroboratione, & validitate ipsius instrumenti in hac specie admittenda venit regula illa à Doctoribus tradita, videlicet, quod vna præsumptio tollit aliam.*

338 ¶ Et etiam ex alijs tenet Noguer. *allegat. 32. num. 81.* ibi: *Et in concursu probationum magis creditur testibus deponentibus pro instrumento, quam contra illud.* Y pudieramos traer infinitos en comprouacion desta conclusion, pero las vltimas palabras de Noguerol no son escusables: *Etiam si sint pares numero, & qualitate, & minor numerus testium prævalet ad fauorẽ instrumenti.*

339 ¶ Para la donacion, demas de no sufrir competencia las presunciones, y prouanças, damosle causa de amistad, y obligaciones que el Geronimo Gutierrez de Valderrama tenia, y confessaua al Andres del Castillo el parentesco con la doña Ana tan estrecho cõ el de ser hijo de su hermano, ser possedor del vinculo que auian fundado sus ascendientes, y querer ella entrar a la parte de la conseruacion de su memoria; y vltimamente ambos cuydar del bien de su alma, y que por tan escasa cantidad no se presume falsedad. El Convento no da causa verdadera, ni imaginada de su donacion, ni que pueda motiuar la reuocacion del primero contrato.

340 ¶ Y finalmente, pro choronide, assentamos dos cosa. La primera, que demas de no presumirse la falsedad regularmente, se presume menos quando en el acto ay muchos interlocutores, quando el instrumento se otorga en ciudad populosa, y quando cede en vtilidad de obra pia, testigos, escriuano, Partes, Abogado, Passantes, y assistentes en su estudio, son muchos para con-

currir

currir en tan graue delito, optimè Farinac. ex quàm plurimis, *quæst. 153. num. 216. & 217.* Cordoua es ciudad muy ilustre para que se toleren semejantes excessos, Menoch. *lib. 5. præsumpt. 20. num. 46. Secunda causa, qua falsi suspicio tollitur, vel extenuatur est loci celebricas, vbi illa scriptura fuit confecta.* Disposicion pia desmiente graues sospechas, Roman. *in Auth. similiter, num. 3. de heredib. & falcid.* Mantic. *de coniect. vltim. volunt. lib. 6. tit. 3. nu. 2.* Spino *de testam. glos. 31. num. 41.* & ex alijs Paul. Rubeo *cap. 1. num. 68.*

341 ¶ La segunda, y en la cortedad de nuestro juyzio la que, caput extollit, y que de primo ad vltimum manifiesta la sanidad de conciencia de Andres del Castillo, es, que luego que tuuo noticia de la querella dada por el Convento; de lo sangriento de su relacion; y de lo viuo, y eficaz de las diligencias, el mismo se fue a manos de la justicia, y no ha escrupulizado venir diuersas vezes a Tribunal donde tan seueramente se administra, como en este; de quien podemos vsurpar las palabras del Tacit. *lib. 4. annal. Trepidabantque gentes de extimatione singulorum*; y esto ya se vè que no se haze con sospechas de culpa: *Fugit impius nemine persequenti.*

342 ¶ Optimè, en nuestros mismos terminos Cicer. *in orat. pro Milone*, cuius verba hęc sunt: *Recordamini per Deos immortales, quæ fuerit celeritas redditus eius, qui ingressus in foro ardente Curia, quæ magnitudo animi, qui vultus, quæ oratio. Neque verò se populo solum, sed etiam Senatui tradidit, neque Senatui modo, sed etiam publicis Præsidijs, & Armis. Et statim cui numquam Præfecto tradidisset, nisi causæ suæ confideret præsertim, omnia accidenti magna metuenti, multa suspicanti, non multa credenti, magna vis est conscientiæ iudices, & magna in vtramque partem, vt neque timeant, qui nihil cõmisserint, & pœnam semper ante oculos putent, qui peccarint.*

343 ¶ Idipsum profitetur Menoch. *dict. lib. 5. præsumpt. 20. num. 54.* ibi: *Septima causa, qua falsi coniectura, & inditium debilitatur est quando ille, qui de falso fuit accusatus sua, ipse sponte coram iudice comparabit, & passus est in carcerem se mancipari.*

344 ¶ Quien duda, que todas estas presunciones que adjuuan este instrumento no han de preponderar mas que las de que se vale el Convento, que quedan tan desvanecidas? Farinac. *in dict. cons. 108. ex nu. 26.* muy de nuestro intento, inquit: *Ex quibus prorsus cessare videtur artificiosa, & subtilis cumulatio assertarum præsumptionum, quæ sibi non vindicant locum, quando patiuntur replicationes, & oppositiones maximè cõcurrẽtibus lõge pluribus, & validioribus, nõdũ præsumptionibus, sed probationibus, etiã obiecta, quæuis delicta excludentibus, prout eo casu ea sumi debet interpretatio, quæ delicta exterminet, & procul arceat, quod procedit data etiam hinc inde præsumptionẽ parietate, cũ nihilominus reo debeantur absolutio, quod sanè nobis sperandum est, tùm ex præmissis, tùm etiam, quia generale est, omnem interpretationem faciendam esse, vt excludatur turpe, & ignominiosum falsitatis crimen, omnemque ingenij aciem eo dirigendam, vt tollatur, & sileat falsitas, maximè verò cum simul agatur de hominis ingenui, & legalis existimatione, &c.*

345 ¶ Y finalmente concluymos con lo que dixo Capicio Latro *consult. 137. num. 66. & 67.* ibi: *Ex quibus exclusis friuolis coniecturis simulationis*

tionis

tionis remanet validum instrumentum donationis, quod semper in dubio debet præsumi verum, & non simulatum, & cum constet de veritate actus, præsumptio simulationis excluditur.

346 ¶ Y pro coronide iterum, repetimos las palabras con que concluyó el *cap. inter dilectos de fide instrumentorum: Cum autem super his fuisset diucius litigatum, quia legitimè probata non fuerant, quæ petebantur ad Monasterium pertinere ab in petitione ipsius, Procuratorem tuum, nomine tuo, & Mediolanensis Ecclesiæ, sententialiter duximus absolvendum; quoniam cum obscura sunt iura partium, consuebit contra eum, qui petitor iudicari.* Assi lo esperamos. S. V. D. C.

Licenc. don Diego de Morales y Frias.

D. D. Francisco Ortiz.